This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 7, 1903

Switzerland. Bundesgericht

ENTSCHEIDUNGEN

des

SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTES

aus dem Jahre 1891.

AMTLICHE SAMMLUNG

XVII. Band.

ARRÊTS

DU

TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE

en l'année 1891.

RECUEIL OFFICIEL

XVIIe VOLUME

LAUSANNE
GEORGES BRIDEL & Cie ÉDITEURS

1892

INHALTSVERZEICHNISS — TABLE DES MATIÈRES

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.
Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

Seite

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice 1

II. Doppelbesteuerung. — Double imposition. 14, 209, 345

III. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken. — Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte. 214, 352, 557

IV. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels . . . 24

2. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile 27, 355, 561

3. Arreste. — Saisies et séquestres 34

4. Pfand- und Retentionsrechte. — Droit de gage et de rétention 374

Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

Seite

I. Zollwesen, Verfahren bei Uebertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze. — Péages et Mode de procéder à la poursuite des contraventions aux lois fiscales. 381

II. Bundesstrafrechtspflege. — Procédure pénale fédérale 390

III. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale 405, 565

IV. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage. . 39, 583

V. Obligationenrecht. — Droit des obligations . . . 406

VI. Persönliche Handlungsfähigkeit. — Capacité civile. 226

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

In Konkurssachen. — Droit de concours dans les faillites 414, 587

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Uebergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt. — Empiétement dans le domaine du pouvoir législatif 45, 593

II. Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt. — Empiétement dans le domaine du pouvoir judiciaire. 422, 598

III. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à d'autres droits garantis 52, 427, 609

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

Seite

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse. — Rapports de droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 23. Februar 1882. Traité avec la France du 23 Février 1882 . . . 435

II. Auslieferung. — Extradition.

1. Vertrag mit Deuschtland. — Traité avec l'Allemagne. 83, 631

2. Vertrag mit Italien. — Traité avec l'Italie 72, 230, 450

3. Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika. — Traité avec les Etas-Unis d'Amérique 85

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung v. Privatrechten. — Expropriation . . 634

II. Heimatlosigkeit. — Heimatlosat 92, 240

III. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale. 102, 460

IV. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. — Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles . . 118, 252

Seite

V. Fabrik- und Handelsmarken. — Marques de fabique 126, 259, 462

VI. Obligationenrecht. — Droit des obligations. 142, 273, 472, 638

VII. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb. — Responsabilité pour l'exploitation des fabriques. 165, 330, 519, 723

VIII. Ausdehnung der Haftpflicht. — Extension de la responsabilité civile 165, 330, 519, 723

IX. Urheberrecht an Werken der Kunst und Literatur. — Droit d'auteur pour œuvres d'art et de littérature 753

X. Rechnungswesen der Eisenbahnen. — Comptabilité des compagnies de chemins de fer. 757

XI. Gewerbliche Muster und Modelle. — Dessins et et modèles industriels 763

XII. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits. — Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part. 187, 544, 768

XIII. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten. — Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers 170, 334, 789

REGISTER

		Seite
I.	Alphabetisches Sachregister	801
II.	Gesetzesregister.	844
III.	Personenregister	856
IV.	Verzeichniss der im Jahre 1891 vom Bundesgerichte gefällten, jedoch in dieser Sammlung nicht abgedruckten Entscheide	865
V.	Zusammenstellung der Entscheidungen aus dem Jahre 1891 nach den drei Nationalsprachen . .	875
VI.	Berichtigungen	886

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice.

1. Urtheil vom 6. Februar 1891 in Sachen Bühler.

A. Jakob Bühler von Schwarzenegg, welcher in der mechanischen Holzspalterei und Säge des Hermann Bovet in Biel angestellt war, erlitt am 18. Mai 1887 bei Bedienung einer Fräse einen Unfall, wegen dessen er den Besitzer des Etablissements auf Schadenersatz zu belangen gedachte. Vor Anhebung der Klage richtete er an den Bundesrath das Gesuch, es möchte das Etablissement des H. Bovet dem Fabrikgesetze unterstellt werden. Der Bundesrath wies dieses Begehren indeß am 4. November 1887 ab. Da hienach die Anwendung des Fabrikhaftpflichtgesetzes ausgeschlossen schien, begründete J. Bühler seine Schadenersatzklage auf das gemeine Recht; er wurde aber mit derselben durch Urtheil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern, mangels Nachweises eines Verschuldens, rechtskräftig abgewiesen. Gestützt auf gewisse im Prozesse ermittelte Thatsachen über die Einrichtung des Etablissementes des H. Bovet stellte nun aber J. Bühler beim Bundesrathe das Gesuch, dieser möchte auf seinen Beschluß

vom 4. November 1887 zurückkommen. Der Bundesrath entsprach diesem Begehren und beschloß am 21. Januar 1890: „1. Der Bundesrathsbeschluß vom 4. November 1887 ist aufgehoben und die mechanische Holzspalterei Hermann Bovet in Biel dem Bundesgesetze betreffend die Arbeit in den Fabriken unterstellt. 2. Gemäß Art. 14 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb wird dieses Gesetz auf den im Etablissement Bovet dem Jakob Bühler am 18. Mai 1887 begegneten Unfall anwendbar erklärt." Gestützt auf diesen Beschluß suchte J. Bühler bei den bernischen Gerichten um Ertheilung des „neuen Rechts" nach, wurde aber mit seinem Gesuche abgewiesen, u. a. mit der Begründung: Der Anspruch, welchen Bühler gegen Bovet, gestützt auf den Bundesrathsbeschluß vom 21. Januar 1890, geltend zu machen gedenke, sei als Haftpflichtanspruch ex lege mit dem früher beurtheilten gemeinrechtlichen Schadenersatzanspruche nicht identisch. Hierauf strebte Bühler die Einleitung eines neuen, auf das Fabrikhaftpflichtgesetz begründeten Prozesses gegen Bovet an und suchte zu diesem Zwecke bei den bernischen Gerichten um Ertheilung des Armenrechtes nach. Dasselbe wurde ihm indeß vom Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern durch Beschluß vom 27. September 1890 versagt, wesentlich mit der Begründung: Die vom Beklagten Bovet erhobene Einrede der Verjährung sei offenbar begründet. Durch Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes sei als Anfangspunkt der Verjährung der Schadenersatzansprüche in Folge Tödtung und Verletzung der Tag bezeichnet, an welchem die Tödtung oder Verletzung erfolgt sei. Vorliegend sei dieser Tag der 18. Mai 1887 und demnach die einjährige Verjährungsfrist längst abgelaufen. Der Petent behaupte freilich, die Verjährung habe erst von da hinweg zu laufen begonnen, wo ihm die Möglichkeit, gestützt auf die Haftpflichtgesetze zu klagen, gegeben gewesen und diese Möglichkeit sei erst durch den Bundesrathsbeschluß vom 21. Januar 1890 geschaffen worden. Dies sei aber nicht richtig. Für den Verjährungsbeginn sei nicht der Zeitpunkt der subjektiven Möglichkeit der Einklagung eines Anspruchs sondern derjenige seiner Fälligkeit entscheidend. Fällig aber sei der hier in Frage stehende Anspruch schon am 18. Mai 1887, am Tage des Unfalles, geworden, nicht erst durch

den Bundesrathsbeschluß vom 21. Januar 1890; dieser Beschluß erzeuge den Anspruch nicht, sondern wolle blos deklariren, daß der dem Bühler zugestoßene Unfall unter das Fabrikhaftpflichtgesetz falle, weil die mechanische Holzspalterei des Bovet bereits im Momente desselben auf dem Fabrikverzeichnisse hätte stehen sollen. Dem gegenüber könnte auch ein allfälliger aus Art. 8 in fine des erweiterten Haftpflichtgesetzes hergeleiteter Einwand nicht gehört werden, weil das Etablissement des Bovet erst am 21. Januar 1890, wo die Verjährungsfrist bereits abgelaufen war, unter das Fabrikgesetz gestellt worden und Bovet demnach zu Anzeige des Unfalles nicht verflichtet gewesen sei.

B. Gegen diesen Beschluß ergriff J. Bühler den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er führt aus: Er habe sein Recht so verfolgt, wie er dies habe thun können und müssen. Gegenüber dem bundesräthlichen Entscheid vom 4. November 1887 sei ihm angesichts des Art. 14 des Fabrikhaftpflichtgesetzes, die Einklagung eines Haftpflichtanspruchs unmöglich gewesen. Erst mit dem Bundesrathsbeschluße vom 21. Januar 1890 sei ihm ein Haftpflichtanspruch erwachsen. Eine Verjährung sei nicht eingetreten; denn nach den Grundsätzen der Billigkeit und dem Sinne und Geist der Haftpflichtgesetze könne die Verjährung nur dann laufen, wenn der Berechtigte sich überhaupt in der Möglichkeit befinde, klagend aufzutreten, nicht aber dann, wenn dies nicht der Fall sei. Zudem wäre Bovet, nachdem sein Etablissemment nachträglich mit rückwirkender Kraft bis vor den Unfall Bühler dem Fabrikhaftpflichtgesetze unterstellt worden sei, verpflichtet gewesen, den Unfall Bühler nachträglich anzumelden. Er habe dies nicht gethan und daher sei, wegen des Verjährungshindernisses des Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes, die Verjährung nicht eingetreten, ja sie habe nie zu laufen begonnen. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle das Urtheil des bernischen Appellations- und Kassationshofes betreffend Nichtertheilung des Armenrechtes an Bühler als entgegen den bundesrechtlichen Gesetzesvorschriften, als eine Rechtsverweigerung in sich schließend, nichtig erklären und es wolle diese Behörde den Kanton Bern verhalten, dem Bühler die in Art. 6 des Bundesgesetzes vom 26. April 1887 aufgestellten Rechtswohlthaten zu gewähren.

C. Der Rekursbeklagte H. Bovet trägt auf Abweisung des Rekurses an, indem er auf die Entscheidungsgründe des Appellations- und Kassationshofes verweist und beifügt: Dem Bühler habe, trotz des bundesräthlichen Entscheides, stets freigestanden, aus dem Haftpflichtgesetze Klage zu erheben. Wenn Bovet alsdann die Thatsache, daß er dem Haftpflichtgesetze unterstellt sei, bestritten hätte, so hätte Bühler, so gut wie späterhin, einen neuen Entscheid des Bundesrathes provoziren und dabei eine gründliche Untersuchung des Falles verlangen können.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das gestützt auf Art. 6 des erweiterten Haftpflichtgesetzes nachgesuchte Armenrecht ist dem Rekurrenten deßhalb verweigert worden, weil die Klage nach vorläufiger Prüfung des Falles sich zum vornherein als unbegründet herausstelle. Dem Bundesgerichte steht die Nachprüfung der sachbezüglichen Entscheidung des bernischen Appellations- und Kassationshofes insoweit zu, als es zu untersuchen hat, ob der kantonale Richter von dem ihm nach Art. 6 leg. cit. bei Beurtheilung dieser Frage unzweifelhaft zustehenden richterlichen Ermessen einen Gebrauch gemacht habe, welcher mit Sinn und Geist des Gesetzes unvereinbar ist, und dadurch dem Rekurrenten in willkürlicher Weise die den Haftpflichtberechtigten bundesgesetzlich in Aussicht gestellten Rechtswohlthaten vorenthalten habe.

2. Die Frage ist aber ohne weiters zu verneinen. Die Entscheidung des kantonalen Gerichts ist so wenig eine willkürliche, daß sie vielmehr als eine offenbar begründete erscheint. In der That kann nach dem Gesetze (Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes) gar kein Zweifel darüber obwalten, daß die Verjährung von Fabrikhaftpflichtansprüchen aus Tödtung oder Verletzung von dem Tage der erfolgten Verletzung oder Tödtung an zu laufen beginnt und nicht erst von einem allfälligen bundesräthlichen Entscheide an, daß die betreffende industrielle Anstalt sich als Fabrik im Sinne des Gesetzes qualifizire. Es ist ja auch ganz richtig, wie der Rekursbeklagte bemerkt, daß die rechtliche Möglichkeit der Erhebung einer Haftpflichtklage nicht durch das Vorhandensein eines derartigen bundesräthlichen Entscheides bedingt ist und auch durch einen die Unterstellung der betreffenden Anstalt unter die

Fabrikgesetzgebung ablehnenden Entscheid des Bundesrathes nicht ausgeschlossen wird; vielmehr steht es dem Verletzten auch in letzterm Falle frei, des bundesräthlichen Beschlusses unerachtet, die Haftpflichtklage zu erheben und im Laufe des Prozesses eine neue Entscheidung des Bundesrathes zu provoziren, wenn auch allerdings zugegeben werden mag, daß es als begreiflich erscheint, daß der Kläger im vorliegenden Falle diesen Weg nicht betreten hat. Das Verjährungshinderniß des Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes sodann kann schon deßhalb gar nicht in Frage kommen, weil der Unfall vom 18. Mai 1887 vor dem, erst am 1. November 1887 erfolgten, Inkrafttreten dieses Gesetzes stattgefunden hat, letzteres also auf denselben der Zeit nach nicht anwendbar ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

2. Urtheil vom 28. März 1891 in Sachen von Götz.

A. Albert Disteli-Brun in Luzern forderte von Chr. Otto von Götz, Offizier außer Dienst aus Hamburg, aus einem Miethverhältnisse eine Entschädigung von 2533 Fr. 85 Cts. Von Götz erkannte blos einen Betrag von 140 Fr. an, während er den Rest der Forderung bestritt. Da er Luzern verlassen wollte, so deponirte er, zu Abwendung eines Arrestes, den Betrag von 2000 Fr. Während der Dauer des daraufhin von A. Disteli-Brun vor Bezirksgericht Luzern eingeleiteten Prozesses verstarb von Götz bei einem vorübergehenden Aufenthalte in Heidelberg. Nachdem Disteli-Brun hievon Kenntniß erhalten hatte, erwirkte er für einen Betrag von 1500 Fr. einen Arrest auf Mobiliar, welches von Götz in Luzern zurückgelassen hatte, indem er ausführte, daß seine Forderung einschließlich der Kosten das frühere Depositum des von Götz annähernd um diesen Betrag übersteigen werde und daß ein Arrestgrund vorliege. Dieser Arrest wurde von der Wittwe des von Götz

Auguste geb. Lambrecht bestritten, welche, um die Freigabe des Mobiliars zu bewirken, ein weiteres Depositum von 1500 Fr. leistete. Der hierauf zwischen dem Albert Disteli-Brun und der Wittwe von Götz geführte Arrestprozeß wurde auf Begehren des A. Disteli-Brun gerichtlich bis nach Erledigung des Hauptprozesses sistirt, weil letzterer für den Arrestprozeß präjudiziell sei. Im Hauptprozesse wollte Wittwe von Götz an Stelle ihres verstorbenen Ehemanes, welcher neben ihr noch eine Tochter hinterlassen hat, in die Beklagtenrolle eintreten, indem sie anführte, sie sei kraft eines in San Remo am 20. April 1888 errichteten eigenhändigen Testamentes Universalerbin ihres Ehemannes geworden. Disteli-Brun bestritt ihr indeß die Legitimation hiezu, da sie nicht nachgewiesen habe, daß sie die einzige Erbin ihres Ehemannes geworden sei. Wittwe von Götz produzirte hierauf zum Nachweise ihrer Erbenqualität respektive der Gültigkeit des Testamentes folgende Aktenstücke: 1. Eine Bescheinigung des Kanzlers des königlichen Appellationsgerichtes in Mailand betreffend die im Königreich Italien geltenden Testamentsformen d. d. 28. August 1889; 2. eine Bescheinigung des hanseatischen Oberlandesgerichtes in Hamburg d. d. 17. September 1889, daß a) nach hamburgischem Rechte das dortige Heimatrecht durch Erlangung des Bürgerrechtes oder einer festen nicht auf Zeit beschränkten Anstellung im öffentlichen Dienste erworben werde, b) die gemeinrechtliche Regel locus regit actum auch im hamburgischen Rechte gelte; 3. eine Bescheinigung des Archivariates der freien und Hansastadt Hamburg, daß Chr. Otto von Götz vom 3. Januar 1857 bis zu seiner auf sein Ansuchen erfolgten Verabschiedung vom 31. März 1863 als Sekonde-Lieutenant im aktiven Militärdienst der freien und Hansastadt Hamburg gestanden habe; 4. ein Gutachten der hamburgischen Rechtsanwälte Dr. Isaak Wolffson, Dr. Albert Martin Wolffson und Dr. Carl Otto Dahn über das in Hamburg geltende Erbrecht; 5. eine von ihr am 16. Oktober 1889 vor dem öffentlichen Notar Windham Pain in Dover abgegebene Erklärung, daß sie die Erbschaft ihres Ehemannes gemäß dem Testamente vom 20. April 1888 annehme. — Die Gerichtskommission des Bezirksgerichtes Luzern erkannte indeß am 8. März 1890 auf sachbezüglichen Antrag des Klägers Distcli-

Brun: 1. Der Kläger sei nicht gehalten, mit Frau Auguste von Götz auf Grund einer stattgehabten Litisreassumtion zu verhandeln und sei deßhalb für dermalen von der Einlassung entbnnden. 2. Beklagte trage definitiv die Kosten dieses Entscheides. In den Motiven dieser Entscheidung wird ausgeführt: Die von der Beklagten produzirten Aktenstücke rechtfertigen zwar die Annahme, daß das Testament vom 20. April 1888 wenigstens formell gültig sei, wobei aber immerhin noch dem Zweifel Raum bleibe, ob der Erblasser, da er notorisch Kinder hinterlassen, nicht seine Testirbefugniß überschritten habe. Dagegen mangle jeder Ausweis seitens der allein kompenteten hamburgischen Gerichts- oder Theilungsbehörden darüber, daß die Beklagte gestützt auf das Testament in die Rechte und Verbindlichkeiten ihres Ehemannes habe eintreten können und faktisch auch eingetreten sei und daß bezügliche gültige Erbsverhandlungen vor den zuständigen Behörden stattgefunden haben. Dem Gutachten der drei hamburgischen Rechtsanwälte komme nach luzernischem Prozeßrechte keine „bindende Beweiskraft" zu und ebenso wenig der vor einem englischen Notar in Dover abgegebenen Erbschaftsantrittserklärung der Beklagten. So lange der Beweis für die Rechtsbeständigkeit und materielle Gültigkeit des Testamentes mangle, habe es keinen Zweck auf die Prüfung der Aechtheit des Testamentes einzutreten. Dagegen sei der Beklagten immerhin Gelegenheit zu geben, ihren angetretenen mangelhaften Legitimationsbeweis zu ergänzen. Ein gegen diese Entscheidung von der Beklagten ergriffener Rekurs wurde vom Obergerichte des Kantons Luzern durch Erkenntniß vom 27. September 1890 in wesentlicher Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheidungsgründe kostenfällig abgewiesen.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff Wittwe von Götz den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Rechtsverweigerung. Sie behauptet: Eine Rechtsverweigerung liege darin, daß man der Rekurrentin ohne rechtlichen Grund einen Beweis auferlege, der zu erbringen geradezu unmöglich sei. Die Beweisauflage, wie die kantonalen Instanzen sie aussprechen, ermangle der rechtlichen Begründung. Die Rekurrentin beanspruche nicht die Nachfolge in ein ihrem verstorbenen Ehemann zustehendes Recht, sondern wolle eine eventuelle von der Gegenpartei be-

hauptete Verbindlichkeit desselben übernehmen. Nach keinem Rechte der Welt aber, speziell nicht nach § 75 der luzernischen Civilprozeßordnung, sei der Beklagte verpflichtet, seine Passivlegitimation nachzuweisen. Ein Beweis, wie ihn die kantonalen Gerichte verlangen, daß die Rekurrentin die Erbschaft ihres Ehemannes vor einer Erbtheilungsbehörde angetreten habe, sei geradezu unmöglich. Theilungsoffizien, wie sie im Kanton Luzern allerdings bestehen, existiren eben nicht in allen andern Kantonen und noch weniger im Auslande. Die Rekurrentin habe übrigens den Nachweis ihrer Legitimation erbracht. Die formelle Gültigkeit des Testamentes gestehen die kantonalen Gerichte selbst zu. Einen Nachweis, daß der Testator seine Dispositionsbefugniß nicht überschritten habe, könne man vernünftigerweise nicht verlangen; ein solcher könnte nur durch einen Prozeß zwischen einem Intestaterben und der Rekurrentin erbracht werden; einen derartigen Prozeß könne aber doch die Rekurrentin nicht selbst anheben. Der Nachweis der materiellen Gültigkeit des Testamentes sei übrigens durch das von ihr produzirte Rechtsgutachten insoweit erbracht, als dies überhaupt möglich sei. Daß es sich hier um eine Vergewaltigung handle, ergebe sich deutlich aus den Konsequenzen welche die angefochtene Entscheidung nach sich ziehen müßte. Disteli-Brun könnte nach letzterer einfach die rechtmäßigen Erben des Otto von Götz zur Prozeßfortsetzung ediktaliter vorladen. Da sich daraufhin, nachdem die einzige legitime Erbin, die Rekurrentin, ausgeschlossen sei, natürlich niemand stellen würde, so könnte Disteli-Brun auf Grund eines Kontumazialurtheils einfach die deponirten 3500 Fr. einstreichen, obschon seine Forderung soweit sie bestritten sei, gar nicht zu Recht bestehe. Zu weiterer rechtlicher Begründung ihrer Beschwerde produzirt die Rekurrentin ein Rechtsgutachten des Professors Dr. Zürcher in Zürich. Sie beantragt: 1. Das Erkenntniß des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 27. September 1890, zugestellt den 15. Oktober, sei aufzuheben und der Kläger zu verhalten, mit der Rekurrentin zu verhandeln. 2. Der Kläger trage die Kosten.

C. Der Rekursbeklagte A. Disteli-Brun beantragt: Der Rekurs sei unter Kostenfolge abzuweisen. Er macht im Wesentlichen geltend: Er bestreite die Kompetenz des Bundesgerichtes, ohne übrigens

der richterlichen Kognition vorgreifen zu wollen. Eine Rechtsverweigerung liege nicht vor; es handle sich um eine Frage der Auslegung des kantonalen Prozeßrechtes, welche sich der Prüfung des Bundesgerichtes entziehe. Unsinnig oder unmöglich sei aber der der Rekurrentin auferlegte Beweis keineswegs. Es liege ein Fall von Litisreassumtion vor. Nach gemeinem Rechte müsse aber jeder Reassument, gleichviel ob Kläger oder Beklagter, der die Reassumtion freiwillig vornehme, sich gehörig zur Sache legitimiren; es habe auch der Kläger ein Interesse an der Legitimation der Beklagten, da ihm nicht zugemuthet werden könne, sich mit jedem Beliebigen einzulassen und zu gefahren, daß später der Prozeß kassirt werde. Die angefochtene Entscheidung verlange von der Rekurrentin keineswegs die Erfüllung der Formalitäten des Luzernerrechts, sondern nur im allgemeinen den amtlichen Nachweis, daß sie die einzige Erbin des verstorbenen Beklagten und Nachfolgerin in dessen Rechte und Verbindlichkeiten sei und daß die Erbfolge auf Grund des vorgeschützten Testaments stattgefunden habe. Dieser Nachweis könnte von der Rekurrentin an der Hand der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und der Civilstandsakten sehr leicht erbracht werden, wenn sie überhaupt Erbin ihres Ehemannes geworden wäre. Derselbe sei aber nicht erbracht. Der Rekursbeklagte bestreite nicht nur die materielle, sondern auch die formelle Gültigkeit des Testamentes. Dem von der Rekurrentin produzirten Gutachten hamburgischer Anwälte mangle nach luzernischem Rechte die Beweiskraft, ebenso wie der Erbschaftsantrittserklärung der Rekurrentin. Die Sachlegitimation sei übrigens nur im Haupt- nicht aber im Arrestprozesse bestritten.

D. In Replik und Duplik wird nichts neues vorgebracht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Rekurrentin eine Rechtsverweigerung behauptet, so ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde unzweifelhaft kompetent.

2. Eine Rechtsverweigerung in dem Sinne, daß der kantonale Richter die Entscheidung über ein in gesetzlicher Form gestelltes Begehren verweigert hätte, liegt nicht vor. Die kantonalen Gerichte haben es nicht (wie in dem Rechtsgutachten des Prof. Dr. Zürcher angedeutet ist) abgelehnt, über die Erbenqualität der

Rekurrentin zu entscheiden und diese Frage zur Entscheidung an eine hamburgische Gerichts- oder Verwaltungsbehörde gewiesen, sondern sie haben ihrerseits entschieden, daß die Erbenqualität der Rekurrentin zur Zeit nicht dargethan sei; wenn sie sich dafür wesentlich darauf berufen haben, es sei der Nachweis des für die Beerbung maßgebenden fremden Rechtes nicht in gehöriger Weise, durch amtliche Bescheinigung erbracht, so liegt darin keine Verweigerung, sondern gegentheils die Begründung der getroffenen Entscheidung. Das Begehren aber, daß der Inhalt fremden Rechtes dem Richter durch amtliche Bescheinigungen nachgewiesen werde, involvirt gewiß an sich keine Rechtsverweigerung. Dadurch, daß die Gerichte die Legitimation der Rekurrentin nicht definitiv verneint, sondern ihr eine Ergänzung ihrer Beweise vorbehalten haben, kann dieselbe offenbar nicht beschwert sein.

3. Wenn im Fernern die kantonalen Gerichte grundsätzlich davon ausgehen, daß demjenigen, welcher als Rechtsnachfolger, sei es des Klägers oder des Beklagten, einen Prozeß aufnehmen zu wollen erklärt, im Bestreitungsfalle der Nachweis seiner Sachlegitimation respektive seiner Erbenqualität obliege, so liegt auch hierin eine Verfassungsverletzung nicht. Die luzernische Civilprozeßordnung enthält keine Bestimmung über die Aufnahme des Verfahrens beim Tode einer Partei. § 75 derselben, welchen die Rekurrentin angeführt hat, trifft nicht zu. Diese Gesetzesbestimmung legt demjenigen, welcher ein Recht in eigenem Namen verfolgt, das früher einem andern zugestanden, oder der gegen Jemanden eine Verbindlichkeit einklagt, die früher auf einem andern gehaftet, den Beweis dafür auf, wie jenes Recht auf ihn und die Verbindlichkeit auf den Beklagten übergegangen sei. Er bestimmt also blos, daß der Kläger seine Aktivlegitimation und die Passivlegitimation desjenigen, gegen welchen er seine Klage richtet, also des ursprünglichen Beklagten, als Bestandtheil des Klagefundamentes nachzuweisen habe; darüber wie es sich verhalte, wenn nach im Laufe des Verfahrens erfolgtem Tode einer Partei ein Dritter als Rechtsnachfolger derselben in den Prozeß eintreten will, bestimmt er nichts. In dieser Richtung wird es daher auch im luzernischen Rechte bei der gemeinrechtlichen Regel sein Bewenden haben, daß derjenige, welcher die Berechtigung für sich in

Anspruch nimmt, als Rechtsnachfolger einer verstorbenen Partei einen Prozeß an deren Stelle, sei es als Kläger, sei es als Beklagter, fortzuführen, im Bestreitungsfalle die Voraussetzungen seiner Nachfolge in das Prozeßrechtsverhältniß durch Darlegung der sein Erbrecht bedingenden Thatsachen nachzuweisen habe (siehe Plank, Deutscher Civilprozeß I, S. 525; Renaud, Civilprozeß, S. 121; Wetzell, Civilprozeß, S. 42). Unsinnig, wie die Rekurrentin meint, ist diese Regel in ihrer Anwendung auf den Eintritt in die Parteirolle des Beklagten keineswegs, da ja natürlich auch der Kläger ein Interesse daran hat, mit dem wirklichen und nicht mit einem blos vermeintlichen Rechtsnachfolger seiner Gegenpartei zu verhandeln.

4. Es kann sich daher nur noch fragen, ob nicht eine Rechtsverweigerung deßhalb vorliege, weil die angefochtenen Entscheidungen eine zur Sache legitimirte Person, trotz offenbar erbrachten Nachweises der Legitimation, von der Verfolgung ihrer Rechte zu Unrecht ausschließen. Nun soll nicht geleugnet werden, daß eine Rechtsverweigerung unter Umständen in der Stellung offenbar unerfüllbarer Anforderungen an einen Legitimationsbeweis liegen könnte. Allein dieser Fall ist hier nicht gegeben. Wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidungen davon spricht, daß jeglicher Ausweis der Erbberechtigung der Rekurrentin „Seitens der allein kompetenten hamburgischen Gerichts- oder Theilungsbehörde" und der Nachweis „gültiger Erbsverhandlungen vor den zuständigen Behörden" fehlen, so kann dies vernünftigerweise nicht dahin verstanden werden, daß der Nachweis der Erbenqualität der Rekurrentin schlechthin nur durch ein behördliches Attest über eine gepflogene behördliche „Erbverhandlung" erbracht werden könne, vielmehr will dadurch doch, dem Zusammenhange nach, nur im allgemeinen betont werden, daß es für die einschlägigen, in Hamburg geltenden, Rechtssätze u. s. w. eines authentischen Nachweises durch amtliche Erklärungen bedürfe und bloße Privatgutachten nicht genügen. Es sollte gewiß nicht ausgeschlossen werden, daß z. B. der Beweis einer behördlichen „Erbverhandlung" durch den andern ersetzt werde, daß, nach hamburgischem Rechte, es einer solchen Erbverhandlung gar nicht bedürfe, der Erbschaftserwerb sich vielmehr in anderer, hier gegebener

Weise vollziehe; ausgesprochen sollte nur werden, daß für den Beweis des ausländischen Rechts amtliche behördliche Erklärungen gefordert werden. Hievon ausgegangen, kann von einer Rechtsverweigerung nicht gesprochen werden. Amtliche Bescheinigungen über das in Hamburg geltende Recht sind sehr wohl zu erlangen; nach einem (bei Böhm, Handbuch der internationalen Nachlaßbehandlung, S. 272 angeführten) hamburgischen Gesetze betreffend die nichtstreitige Gerichtsbarkeit vom 25. Juli 1879 sind sachbezügliche Gesuche an das Oberlandesgericht zu richten; es hat denn ja auch in der That die Rekurrentin in Betreff einzelner Rechtsfragen eine Bescheinigung des hanseatischen Oberlandesgerichtes beigebracht und es ist nicht einzusehen, warum dies nicht auch rücksichtlich der übrigen in Betracht kommenden Punkte möglich sein sollte. Die angefochtenen Entscheidungen verlangen von der Rekurrentin einerseits den Nachweis, daß ihr die Erbschaft ihres Ehemannes gültig deferirt worden sei, anderseits daß sie dieselbe erworben habe. Nun steht gewiß zunächst in letzterer Beziehung gar nichts entgegen, daß die Rekurrentin eine Bescheinigung des hanseatischen Oberlandesgerichtes darüber beibringe, ob nach hamburgischem Rechte zum Erbschaftserwerbe eine Antrittserklärung des Erben, speziell des Testamentserben, überhaupt erforderlich sei oder nicht vielmehr, und in welchem Umfange, der Grundsatz: Der Todte erbt den Lebenden gelte und ob im erstern Falle die Antrittserklärung irgend welcher Förmlichkeiten bedürfe und nicht vielmehr in jeder beliebigen Form, auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen, erfolgen könne. Nach Beibringung einer solchen Erklärung werden die kantonalen Gerichte zu prüfen haben, ob nach Inhalt derselben die Voraussetzungen des Erbschaftserwerbes auf Seiten der Rekurrentin angesichts der nachgewiesenen Thatsachen, speziell der von ihr abgegebenen Erklärungen, gegeben seien. Wenn sodann die angefochtenen Entscheidungen auch die Darlegung eines gültigen Berufungsgrundes, speziell den Nachweis der materiellen Gültigkeit des Testamentes verlangen, so ist darüber zu bemerken: Es steht aktenmäßig fest, daß der Ehemann der Rekurrentin außer der letztern noch eine Tochter hinterlassen hat; bei dieser Sachlage mußte es von vornherein als äußerst zweifelhaft erscheinen, daß

er durch Testament die Rekurrentin gültig zur Alleinerbin habe ernennen können. Dieser Zweifel wird durch das von der Rekurrentin eingelegte Rechtsgutachten hamburgischer Rechtsanwälte nicht nur nicht entkräftet, sondern geradezu bestätigt. Denn in diesem Rechtsgutachten wird (in Uebereinstimmung mit demjenigen, was anderweitig über hamburgisches Recht ausgeführt wird, siehe z. B. Martin in Holtzendorffs Encyklopädie, Systematischer Theil, 2. Aufl., S. 1008 u. f.) bekundet, daß wenn die Kinder unter Verletzung der Pflichttheilsrechte ganz übergangen oder ohne rechtlich ausreichenden Grund ganz enterbt seien, das Testament auf Antrag für ungültig erklärt werde. Bei dieser Sachlage involvirt es jedenfalls keine Rechtsverweigerung, daß die kantonalen Gerichte weitern Beweis für die materielle Gültigkeit des Testamentes verlangt haben; ein solcher nun ist denn auch durch eine amtliche Bescheinigung über den Inhalt des hamburgischen Erbrechtes einerseits, durch eine Erklärung der Notherben, d. h. der Tochter oder ihrer rechtlichen Vertreter andrerseits, daß auf Anfechtung des Testamentes verzichtet werde, sehr wohl zu erbringen. Ueberdem könnte hier wohl der Nachweis der Sachlegitimation der Rekurrentin auch noch in anderer Weise, unabhängig davon, ob deren testamentarische Berufung als Alleinerbin zu Recht bestehe, erbracht werden. Soweit nämlich hierseits ersichtlich ist, bleibt nach hamburgischem Rechte die Wittwe, wenn Kinder aus der durch den Tod des Ehemannes aufgelösten Ehe vorhanden sind, mit letztern in fortgesetzter Gütergemeinschaft; sie behält Besitz, Genuß und Vertretung des Nachlaßes als eines ihr mit ihren Kindern gemeinsamen Gutes (s. außer dem von der Rekurrentin produzirten Rechtsgutachten Martin in Holtzendorffs Encyklopädie a. a. O., Stobbe, Deutsches Privatrecht IV, S. 238 u. ff.); in Folge dessen wird sie als Haupt der fortgesetzten Gütergemeinschaft auch als befugt erachtet werden müssen, Prozesse für die Gesammtheit zu führen (s. Stobbe a. a. O.) Ist dem aber so, so wäre in casu die Rekurrentin zur Sache legitimirt, auch wenn sie nicht kraft Testamentes Universalerbin ihres Ehemannes geworden sein sollte. In all' diesen Richtungen hat aber die Rekurrentin die Beibringung amtlicher Ausweise bis jetzt unterlassen; sie kann sich daher gegenüber den angefochtenen

Entscheidungen, welche ihre Legitimation übrigens nicht definitiv verneinen, sondern ihr zur Ergänzung des Beweises noch Gelegenheit geben, nicht mit Grund über Rechtsverweigerung beschweren.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

3. Urtheil vom 20. Februar 1891 in Sachen Aargau gegen Bern.

A. Die wegen Geistesschwäche in ihrer Heimatgemeinde Hindelbank, Kantons Bern, bevormundete Elisabeth Lehmann war bei einer Wittwe Diriwächter untergebracht, mit welcher sie seit 1878 in Safenwyl, Kantons Aargau wohnte; dort hatte sie auch seit 1887 einen Heimatschein hinterlegt. Im Jahre 1884 übersandte der Gemeinderath von Safenwyl demjenigen von Hindelbank eine Steuerdeklaration für die Elisabeth Lehmann mit dem Begehren, daß deren Vermögen in Safenwyl versteuert werde. Der Gemeinderath von Hindelbank widersetzte sich diesem Begehren, indem er ausführte, die Lehmann habe ihr rechtliches Domizil am Wohnorte ihres Vormundes in Hindelbank, wo sie daher auch ihr bewegliches Vermögen zu versteuern habe. Er fügte bei, er behalte sich übrigens vor, die erforderlichen Schritte zu thun, damit die Elisabeth Lehmann in der Gemeinde Hindelbank selbst ihre Pflege erhalte, womit dann die ganze Steuerfrage erledigt wäre. Der danach vorliegende Steuerkonflikt wurde zunächst nicht zum Austrage gebracht. Der Gemeinderath von Safenwyl hat im Jahre 1885 die Weisung und Intervention der aargauischen Staatsbehörde (des Bezirksamtes Zofingen) angerufen; weitere Schritte dagegen scheinen damals nicht erfolgt zu sein. Am 18. Juni 1890

verstarb nun aber die Elisabeth Lehmann mit Hinterlassung eines (beweglichen) Vermögens von circa 188,000 Fr. Nunmehr rief die Gemeinde Safenwyl die Intervention der aargauischen Finanzdirektion an, um zu Bezahlung der Steuern zu gelangen. Die aargauische Finanzdirektion wandte sich an diejenige des Kantons Bern; diese erklärte, sie theile die Auffassung, daß das streitige Vermögen im Kanton Aargau steuerpflichtig gewesen wäre; die Sache falle aber in das Ressort der Direktion des Gemeindewesens. Letztere Direktion ihrerseits erklärte am 11. September 1890: „Die Ge„meinde Hindelbank bestreite, daß das Vermögen im Aargau be„steuert werden dürfe und die bernische Staatsbehörde könne in „dieser Sache nicht einschreiten, weil dies den Rechten der Ge„meinde vorgreifen würde; sie müsse es der Gemeinde Safenwyl „anheimstellen, die ihr gutscheinenden Maßnahmen zur Realisirung „ihres Anspruches zu ergreifen."

B. Mit Eingabe vom 25./31. Oktober 1890 stellen nunmehr der Regierungsrath des Kantons Aargau und die Gemeinde Safenwyl beim Bundesgerichte den Antrag, dasselbe wolle erkennen:

1. Die Gemeinde Safenwyl und die Finanzdirektion des Kantons Aargau seien berechtigt, von dem beweglichen Vermögen der Elisabeth Lehmann aus Hindelbank für die Dauer ihres Wohnsitzes in Safenwyl die in den entsprechenden Zeitraum fallenden Vermögenssteuern (Gemeinde- und Staatssteuern) zu beziehen.

2. Die Finanzdirektion des Kantons Aargau sei ferner berechtigt, von den beweglichen Nachlaßvermögen die Erbschaftssteuer zu erheben.

3. Die Gemeinde Hindelbank sei verhalten, den aargauischen Behörden zur Ausmittlung der Vermögenssteuern und der Erbschaftssteuer das Nachlaßinventar und einen Erbsteuerausweis einzuhändigen.

Zur Begründung führen sie aus: Es liege ein interkantonaler Steuerkonflikt vor, welchen das Bundesgericht lösen müsse, und zwar sowohl in Betreff der Vermögenssteuer für die Dauer des Wohnsitzes der Lehmann in Safenwyl als in Betreff der Erbschaftssteuer. In Betreff der gewöhnlichen Vermögensbesteuerung zu Gemeinde- und Staatszwecken verpflichte das aargauische

Gemeindesteuergesetz (§ 34) die volljährigen Bevormundeten, ihr Vermögen da zu versteuern, wo sie selber wohnen und das aargauische Staatssteuergesetz erkläre schlechthin jeden Einwohner des Kantons für staatssteuerpflichtig. Diese Vorschriften stehen mit dem Bundesrechte vollkommen im Einklang und es habe daher die Steuerhoheit während der ganzen Dauer des Aufenthaltes der Lehmann in Safenwyl dem Kanton Aargau zugestanden. Daß die Lehmann wegen Geistesschwäche unter Vormundschaft gestanden habe, ändere hieran nichts, wie das Bundesgericht schon in wiederholten Entscheidungen anerkannt habe (in Sache Zundel, Amtliche Sammlung V, Nr. 88, in Sachen Bitter, ibidem XII, S. 11 u. ff. und in Sachen Hagenbach XIV, Nr. 2). Das gleiche wie für die gewöhnliche Vermögenssteuer gelte auch für die Erbschaftssteuer. Das aargauische Erbschaftssteuergesetz erkläre alles Vermögen, welches im Kanton durch Erbfolge anfalle, für erbsteuerpflichtig und nach Bundesrecht stehe im Konfliktfalle demjenigen Kanton die Erbschaftssteuer am beweglichen Vermögen zu, in welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen ordentlichen Wohnsitz gehabt habe.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde erklärt der Regierungsrath des Kantons Bern: Nachdem konstatirt worden sei, daß die E. Lehmann noch zur Zeit ihres Todes ihren thatsächlichen Aufenthalt in Safenwyl gehabt, habe er den Steueranspruch des Kantons Aargau weder bezüglich der Vermögens- noch bezüglich der Erbschaftssteuer bestritten; er habe seinerseits keinen Grund, sich diesem Anspruche zu widersetzen. Anders verhalte sich dagegen die Gemeinde Hindelbank gegenüber dem Anspruche der Gemeinde Safenwyl. Der Regierungsrath überlasse es dem Bundesgericht, die von der Gemeinde Hindelbank in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung vorgebrachten Einwendungen zu würdigen, ohne seinerseits zu denselben irgendwie Stellung zu nehmen. Dagegen stellt der Gemeinderath von Hindelbank die Anträge:

1. Es sei auf die Beschwerde der Gemeinde Safenwyl und des Regierungsrathes des Kantons Aargau nicht einzutreten.

2. Dieselben seien mit ihren Beschwerdebegehren sammt und sonders abzuweisen.

3. Eventuell seien dieselben insoweit mit ihrem Begehren abzu-

weisen, als es die Zeit vor 1887 oder 1888 anbetrifft; Alles unter Kostenfolge.

Sie macht im Wesentlichen geltend: Das von den Beschwerdeführern eingeschlagene Verfahren sei unzuläßig und die Gemeinde Hindelbank zur Sache passiv nicht legitimirt. Die Gemeinde Hindelbank stehe in keinem Rechtsverhältnisse zu den Beschwerdeführern; diese müssen, wenn sie einen Steueranspruch an die Erben der E. Lehmann zu haben verneinen, die angeblich Steuerpflichtigen selbst vor ihrem verfassungsmäßigen Richter belangen und die kantonalen Instanzen durchlaufen; so lange dies nicht geschehen sei, könne von einer Rechtsverletzung, die den Gegenstand eines staatsrechtlichen Rekurses zu bilden vermöchte, nicht die Rede sein. Nach feststehender bundesrechtlicher Praxis sei das bewegliche Vermögen eines Steuerpflichtigen da zu versteuern, wo der Eigenthumer seinen Wohnsitz habe. Sowohl nach aargauischem als nach bernischem Rechte (§§ 38, 253, 259 und 296 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches, § 11 der bernischen Civilprozeßordnung) haben Bevormundete ihren Wohnsitz da, wo ihr Vormund wohne und haben daher auch da ihr bewegliches Vermögen zu versteuern. Das aargauische Gemeindesteuergesetz (§ 34) bestimme nicht, wie die Beschwerdeführer behaupten, daß die volljährigen Bevormundeten ihr bewegliches Vermögen da zu versteuern haben, wo sie selber „wohnen"; es schreibe im Gegentheil vor, daß das bewegliche Vermögen minderjährig Bevormundeter in der Gemeinde zu versteuern sei, wo der Gemeinderath über dasselbe die vormundschaftliche Obsorge führe, das bewegliche Vermögen Volljähriger, welche unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehen, dagegen in der Gemeinde ihres Wohnsitzes; es bestimme also ausdrücklich, daß bei mehrjährig Bevogteten der eigentliche Wohnsitz entscheidend sei; dieser befinde sich aber eben am Wohnsitze des Vormundes. Danach könne denn, da der Vormund der Lehmann fortwährend in Hindelbank domizilirt gewesen sei, keinem Zweifel unterstehen, daß im vorliegenden Falle die Steuerberechtigung der Gemeinde Hindelbank und dem Kanton Bern und nicht der Gemeinde Safenwyl und dem Kanton Aargau zustehe. Daran ändere es nichts, daß die Lehmann sich thätsächlich während mehrerer Jahre in der Gemeinde Safenwyl

aufgehalten habe. Dadurch sei ihr durch den Wohnsitz des Vormundes bedingter rechtlicher Wohnsitz nicht geändert worden. Die Vormundschaftsbehörde habe in eine Veränderung der förmlichen Niederlassung und des Wohnsitzes der Lehmann niemals eingewilligt. Allerdings habe sie seiner Zeit beschlossen, die Lehmann vorderhand bei der Frau Diriwächter in Safenwyl zu belassen; allein hierin liege keine Einwilligung in die Veränderung des rechtlichen Wohnsitzes. Die von den Beschwerdeführern angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtes beweisen nichts für dieselben. Die Gemeinde Safenwyl sei erst im Jahre 1884 mit einer Steuerforderung gegenüber der Lehmann hervorgetreten; nach dem abschlägigen Bescheide des Gemeinderathes von Hindelbank und der damit verbundenen Drohung, daß dieser, falls auf der Steuerforderung beharrt werde, die Lehmann bei der Frau Diriwächter wegnehmen werde, habe die Gemeinde Safenwyl der Sache keine weitere Folge gegeben. Dieses Stillschweigen könne absolut nicht anders gedeutet werden, denn als Verzicht auf den Steueranspruch. Andernfalls müßte die Handlungsweise der Gemeinde Safenwyl geradezu als eine dolose bezeichnet werden, da die Gemeindebehörde von Safenwyl durch ihr Schweigen die Gemeinde Hindelbank zu der Annahme provozirt habe, sie habe ihren Steueranspruch fallen lassen und dadurch herbeigeführt habe, daß die Lehmann in Safenwyl belassen worden und dort verstorben sei, während dieselbe andernfalls sofort anderweitig, das heißt in Hindelbank, wäre verpflegt worden und dadurch jeder Steueranspruch von Safenwyl dahingefallen wäre. Aus seinem eigenen Dolus könne aber niemand Rechte herleiten. Es sei auch nicht abzusehen, warum die Lehmann in Safenwyl irgend eine Steuer bezahlen sollte. Dieselbe sei dort rein zufällig, der Pflege halber, untergebracht gewesen; sie habe zu ihrer Unterbringung gar nicht mitreden können, da sie völlig blödsinnig gewesen sei. Wohnsitz oder Niederlassung habe sie, da es dazu einer Willensäußerung bedürfe, nicht erwerben können; es habe sich vielmehr nur um eine vorübergehende Unterbringung handeln können, woran es nichts ändere, daß dieselbe längere Zeit gedauert habe. Eventuell könnte die Gemeinde Safenwyl jedenfalls die Versteuerung des Vermögens der Lehmann erst von dem Zeitpunkte weg verlangen, wo für dieselbe der

Heimatschein deponirt worden sei, das heißt vom Jahre 1887 hinweg. Da nur der Wohnsitz zu Bezahlung einer Steuer verflichte, so könne die Steuer erst von dem Zeitpunkte an verlangt werden, wo die Lehmann die Bedingungen des Wohnsitzerwerbs durch Einlage ihrer Ausweisschriften erfüllt habe.

D. In ihrer Replik machen der Regierungsrath des Kantons Aargau und die Gemeinde Safenwyl im Wesentlichen geltend: Da die Gemeinde Hindelbank die Steuerberechtigung der Gemeinde Safenwyl und des Kantons Aargau bestreite und der Regierungsrath des Kantons Bern erkläre, nicht in der Lage zu sein, sie zu dessen Anerkennung zu zwingen, so liege eine Streitigkeit staatsrechtlicher Natur zwischen zwei Kantonen oder doch zwischen einem Kanton und einer Gemeinde des andern vor, welche das Bundesgericht, nachdem eine Kantonsregierung die Sache bei ihm anhängig gemacht habe, zu entscheiden berufen sei. Ein Verzicht der Gemeinde Safenwyl auf ihre Steuerberechtigung liege nicht vor. Die Gemeinde Safenwyl habe sich im Jahre 1884 keineswegs bei der Weigerung der Gemeinde Hindelbank beruhigt, sondern im Jahre 1885 die Steuereinschätzung der Lehmann von sich aus vorgenommen und das Bezirksamt und damit mittelbar die aargauische Regierung um Intervention und Weisung ersucht. Die Intervention sei dann allerdings aus verschiedenen Gründen nicht sofort sondern erst nach dem Tode der Lehmann erfolgt. Daß der Gemeinderath von Safenwyl beabsichtigt habe, durch sein Stillschweigen den Wegzug der Lehmann zu verhindern, sei unrichtig. Civilrechtlicher- und Steuerwohnsitz seien nicht identisch; der Steuerwohnsitz werde im Kanton Aargau nicht durch das privatrechtliche Gesetzbuch, welches sich nur auf privatrechtliche Verhältnisse beziehe, sondern durch die Steuergesetze bestimmt. Nach dem Zusammenhange des § 31 des aargauischen Gemeindesteuergesetzes, in Verbindung mit § 25 ibidem, unterliege keinem Zweifel, daß der Steuerwohnsitz mehrjähriger Pfleglinge an ihrem eigenen faktischen Wohnorte und nicht am Wohnorte des Vormundes sich befinde; in diesem Sinne habe denn auch die Praxis das Gesetz stets ausgelegt. Auch hievon abgesehen sei es ja Bundesrecht, daß das Vermögen Bevormundeter am Orte ihres thatsächlichen Aufenthaltes und nicht an demjenigen ihres Vor-

mundes besteuert werden müsse. Die Pflicht, ihr Vermögen in Safenwyl zu versteuern, habe für die Lehmann nicht erst mit dem Einlegen des Heimathscheines sondern sofort mit ihrem Aufenthalt in Safenwyl begonnen. Der Steuerwohnsitz sei gegeben, sobald jemand seinen Aufenthalt dauernd und nicht nur ganz vorübergehend an einem Orte wähle, und steuerpflichtig sei nicht nur derjenige, welcher in Nachachtung der Polizeivorschriften seine Schriften deponire, sondern auch derjenige, welcher verpflichtet sei, es zu thun. Ueber die Erbsteuer gehe die Gemeinde Hindelbank ganz hinweg und gebe also stillschweigend zu, daß sie auch Anspruch auf die Erbsteuer erhebe und daß beide Streitpunkte konnex seien.

E. Duplikando hält die Gemeinde Hindelbank an den Aufstellungen ihrer Antwortschrift fest, indem sie bemerkt: Welcher Kanton die Erbschaftssteuer beziehe, sei ihr gleichgültig; allerdings gehe sie auch hier von der Ansicht aus, daß diese Steuer dem Kanton Bern zufließen müsse.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Soweit es sich um die staatliche Vermögens- und die Erbschaftssteuer handelt, waltet ein Streit nicht ob; denn in dieser Richtung ist, — da auch die Erbschaftssteuer im Kanton Bern eine rein staatliche Steuer ist, — einzig der Regierungsrath des Kantons Bern, als Vertreter des Kantons, legitimirt; dieser aber hat die Steuerhoheit des Kantons Aargau anerkannt und insoweit liegt also ein Steuerkonflikt nicht vor. Dagegen ist ein interkantonaler Steuerkonflikt in Betreff der Berechtigung zur Erhebung der Gemeindesteuer allerdings gegeben, da die bernische Gemeinde Hindelbank und die aargauische Gemeinde Safenwyl die Berechtigung zur Erhebung der Gemeindesteuer konkurrirend beanspruchen, ein interkantonaler Steuerkonflikt aber nach konstanter bundesrechtlicher Praxis auch dann vorliegt, wenn zwischen Gemeinden verschiedener Kantone die Berechtigung zum Bezuge der Gemeindesteuer streitig ist. Dieser Konflikt konnte gemäß Art. 57 O.-G. durch eine der betheiligten Kantonsregierungen als staatsrechtliche Streitigkeit zwischen Kantonen beim Bundesgerichte anhängig gemacht werden, da es sich eben um eine Streitigkeit über die Ausdehnung des staatlichen Hoheitsrechtes

der Besteuerung handelt. Freilich wäre es der Gemeinde Safenwyl freigestanden, ihren streitigen Steueranspruch unmittelbar gegen die Steuerpflichtigen geltend zu machen; allein sie war auch berechtigt, die Intervention ihrer Regierung anzurufen, um vorerst einen bundesgerichtlichen Entscheid über die Steuerberechtigung d. h. darüber, welchem Kanton, respektive welcher Gemeinde, die Steuerberechtigung zustehe, zu veranlassen. In diesem Streite ist denn natürlich die Gemeinde Hindelbank, welche die Steuerberechtigung der Gemeinde Safenwyl bestreitet und dieselbe für sich in Anspruch nimmt, zur Sache passiv legitimirt.

2. Die bundesrechtliche Praxis hat konstant festgehalten, einerseits daß für die Besteuerung des (beweglichen) Vermögens Bevormundeter der Wohnort des Mündels und nicht der Ort der vormundschaftlichen Verwaltung entscheidend sei, andrerseits daß der steuerrechtliche Wohnort nicht durch das Domizil im civilrechtlichen Sinne des Wortes bestimmt werde, sondern daß als solcher jeder Ort eines länger dauernden, nicht blos vorübergehenden und zufälligen, thatsächlichen Aufenthaltes gelte, auch wenn derselbe mit dem ordentlichen Wohnsitze im Sinne des Civilrechts nicht zusammenfalle. Das Bundesgericht hat insbesondere ausgesprochen, daß auch solche Personen, deren Aufenthalt nicht auf eigenem freien Willensentschlusse, sondern (weil dieselben als geistesschwach oder geisteskrank unter Vormundschaft stehen) auf Bestimmung des Vormundes beruht, der Steuerhoheit desjenigen Kantons unterstehen, wo sie während längerer Zeit thatsächlich wohnen, sofern ihnen nur thatsächlich ein selbständiges Wohnen könne zugeschrieben werden und sie nicht etwa als Pfleglinge in einer Irrenanstalt untergebracht seien und daher nur als Glieder dieser Anstalt erscheinen (siehe Entscheidung in Sachen Hagenbach, Amtliche Sammlung XIV, S. 9 u. ff. und die dortigen Allegata). Nach diesen bundesrechtlichen Grundsätzen steht im vorliegenden Falle die Steuerhoheit dem Kanton Aargau respektive der Gemeinde Safenwyl zu. Denn bei dem zwölfjährigen Aufenthalte der E. Lehmann in Safenwyl handelte es sich selbstverständlich nicht um einen blos vorübergehenden, zufälligen, sondern um einen dauernden und daher die Steuerhoheit des Aufenthaltskantons begründenden Aufenthalt. Daß der Aufenthalt der Lehmann in der

Gemeinde Safenwyl von der heimatlichen Vormundschaftsbehörde nicht genehmigt worden, ist offenbar unrichtig; aus den Akten ergibt sich klar, daß die Vormundschaftsbehörde die Unterbringung der Lehmann in Safenwyl nicht nur stillschweigend sondern ausdrücklich genehmigt hat. Richtig mag sein, daß die Vormundschaftsbehörde sich nicht bewußt war, durch die dauernde Versorgung der Lehmann in Safenwyl ein Verhältniß zu begründen, welches die Steuerpflicht der Lehmann in Safenwyl zur rechtlichen Folge hatte. Allein dies ist gleichgültig; dasjenige thatsächliche Verhältniß, welches den Steuerwohnsitz der Lehmann in Safenwyl nach bundesrechtlichen Grundsätzen begründete ist von der Vormundschaftsbehörde zweifellos gewollt und genehmigt worden. Danach ist der Steueranspruch des Kantons Aargau respektive der Gemeinde Safenwyl für begründet zu erklären. Denn es kann nicht etwa gesagt werden, daß die Gesetzgebungen der Kantone Aargau und Bern, abweichend von den für die Entscheidung interkantonaler Steuerkonflikte in der bundesrechtlichen Praxis ausgebildeten Grundsätzen, die Steuerhoheit über das bewegliche Vermögen mehrjährig Bevogteter übereinstimmend dem Kanton des Wohnortes des Vormundes und nicht demjenigen des thatsächlichen Wohnortes des Mündels zuschreiben. Einen Nachweis, daß die Gesetzgebung des Kantons Bern einen derartigen Grundsatz enthalte, hat die Gemeinde Hindelbank nicht einmal versucht und es scheint dies, angesichts der vom Regierungsrathe des Kantons Bern im gegenwärtigen wie in frühern interkantonalen Doppelbesteuerungsfällen eingenommenen Haltung, von vornherein als ausgeschlossen. Ebensowenig ist dargethan, daß die aargauische Gesetzgebung anormalerweise den (rein zufälligen, vielleicht außerhalb des Kantons gelegenen) Wohnsitz des Vormundes als Steuerwohnsitz des Mündels erkläre; vielmehr darf aus § 34 des aargauischen Gemeindesteuergesetzes gerade im Gegentheil gefolgert werden, daß der Steuerwohnsitz eines mehrjährig Bevogteten an seinem thatsächlichen Wohnorte und nicht am Wohnsitze des Vormundes oder am Sitze der Vormundschaftsbehörde begründet sei. Ein Verzicht auf die Steuerberechtigung seitens des Kantons Aargau oder der Gemeinde Safenwyl liegt nicht vor. Daraus daß nach der Weigerung der Vormundschaftsbehörde von Hindel-

bank im Jahre 1884, die Steuerberechtigung der Gemeinde Safenwyl anzuerkennen, von den aargauischen Behörden nicht sofort weitere Schritte gethan wurden, um diese Steuerberechtigung zur Anerkennung zu bringen, folgt ein Verzicht noch durchaus nicht, wie ja überhaupt aus der Säumniß in Geltendmachung eines Rechtes ein Verzicht auf dasselbe im Allgemeinen nicht erschlossen werden darf; eine Verpflichtung der Gemeindebehörde von Safenwyl, der Vormundschaftsbehörde von Hindelbank ausdrücklich zu erklären, sie verzichte auf ihren Steueranspruch nicht, bestand gewiß nicht. Ebenso ist unrichtig, daß die Steuerpflicht der Lehmann in Safenwyl erst mit dem Einlegen des Heimathscheines begonnen habe. Der Steuerwohnsitz wird nicht erst durch die wirkliche Einlage von Ausweisschriften sondern durch den dauernden Aufenthalt, welcher zu dieser Einlage verpflichtet, begründet; daß hier, speziell nach den Bestimmungen des aargauischen Niederlassungsgesetzes (§ 2 u. ff.), ein zum Erwerbe einer Aufenthaltsbewilligung und somit zum Einlegen von Ausweisschriften verpflichtender längerer Aufenthalt von vornherein beabsichtigt war und vorlag, liegt auf der Hand.

3. Sind somit, — da der dritte Beschwerdeantrag eventuell nicht bestritten ist, — den Beschwerdeführern die sämmtlichen Anträge ihrer Beschwerdeschrift, soweit streitig, zuzusprechen, so ist dagegen selbstverständlich, daß diese Entscheidung, welche nur zwischen den betheiligten Kantonen und Gemeinden ergeht, auch nur diesen gegenüber, nicht aber gegenüber den Steuerpflichtigen, Rechtskraft erlangt. Den letztern bleiben alle Einwendungen gegenüber dem in Rede stehenden Steueranspruche (wie die Einrede der Verjährung u. s. w.) zur Geltendmachung vor den kompetenten aargauischen Behörden vorbehalten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird für begründet erklärt und es werden mithin den Beschwerdeführern die Schlüsse ihrer Beschwerdeschrift soweit streitig, zugesprochen.

III. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels.

4. Urtheil vom 28. Februar 1891 in Sachen Perini.

A. Am 18. Mai 1889 gebar die ledige Maria Magdalena Mittelholzer auf'm Riet in Appenzell ein außereheliches Kind Josef Anton. Als Vater bezeichnete sie den Rekurrenten Severo Perini von Como, in Appenzell. Dieser gab den Beischlaf zu, bestritt aber die Vaterschaft, weil die Mittelholzer noch mit einem Andern fleischlichen Umgang gepflogen habe. Gemäß der appenzellischen Praxis wurde die Sache als Straffall von der kantonalen Verhörkommission an das Bezirksgericht Appenzell geleitet. Dieses entschied am 17. November 1890: 1. Es sei Severo Perini gerichtlich als Vater des von der Magdalena Mittelholzer unterm 18. Mai 1889 geborenen Kindes erklärt. 2. Beide Beklagte seien wegen Unzucht in eine Buße von 21. Fr. in die Spitalkasse verfällt. 3. An die erlaufenen Verhörkosten von 103 Fr. hat Perini 68 Fr. 60 Cts. und Mittelholzer 34 Fr. 30 Cts. zu bezahlen. 4. Perini ist verpflichtet, für den Unterhalt des Kindes wöchentlich 3 Fr. bis zum erfüllten 12. Altersjahre des Kindes zu bezahlen und an die Mittelholzer eine Kindbettentschädigung von 50 Fr. zu leisten. Gegen dieses Urtheil erklärte Perini rechtzeitig die Appellation an das Kantonsgericht des Kantons Appenzell J.-Rh. Dieses beschloß indeß am 15. Dezember 1890, auf die Sache nicht einzutreten, mit der Begründung: Laut einer dem Gerichte letzthin zugegangenen Zuschrift der Standeskommission vom 22. November 1890 betreffend Interpretation des Art. 41 K.-V. sei das Kantonsgericht nicht befugt, in Vaterschaftsklagen zu entscheiden, sondern es weise die Standeskommission diese Kompetenz ausschließlich den Bezirksgerichten zu. Stehe an Hand der administrativen Weisung sonach

die Kognition bezüglich der Vaterschaft dem Kantonsgerichte nicht zu, so finde dasselbe auch keinen Anlaß, auf die Nebenfolgen (Alimentation, Kindbettentschädigung) einzutreten, zumal solche der bisherigen Praxis entsprechend festgesetzt seien.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff S. Perini den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er behauptet: Als italienischer Staatsbürger sei er in civilrechtlichen Beziehungen gleich einem Schweizer- respektive Kantonsbürger zu behandeln. Durch seine auf die regierungsräthliche Schlußnahme vom 22. November 1890 gestützte Weigerung, die Civilklage auf Vaterschaft als Appellationsinstanz zu behandeln, entziehe das Kantonsgericht des Kantons Appenzell J.-Rh. den Rekurrenten dem verfassungsmäßigen Richter und verletze damit die Art. 6, 38 und 41 K.-V. sowie Art. 58 und 60 B.-V. Die Auffassung der appenzellischen Behörden, daß eine Paterniätsklage zu den Straffällen gehöre, sei eine irrthümliche, wofür auf den bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen Keller gegen Graf vom 3. Dezember 1881 (Amtliche Sammlung VIII, S. 687) verwiesen werde.

C. Das Kantonsgericht des Kantons Appenzell J.-Rh. bemerkt in seiner Vernehmlassung einfach, das Richterkollegium sei über die Kompetenzfrage getheilter Ansicht und gewärtige daher gerne die Ansichten und Verfügungen des Bundesgerichtes.

Auf eine Anfrage des Instruktionsrichters erklärte der Aktuar der Standeskommissin des Kantons Appenzell J.-Rh., daß gesetzliche Bestimmungen über die Bestrafung der Vaterschaft nicht bestehen. Die Vaterschaft werde gemäß uralter Gerichtspraxis mit 21 Fr. Buße belegt, wenn zwei ledige Personen Unzucht begangen haben; im Ehebruchsfalle betrage die Strafe für den ledigen Theil 105 Fr. und für den Verheiratheten 210 Fr., eventuell 35 bis 70 Tage Gefängniß.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wenn der Rekurrent sich über eine Verletzung des Art. 60 B.-V. respektive einer staatsvertraglichen Gleichbehandlungsklausel beschwert, so ist diese Beschwerde schon deßhalb unbegründet, weil in keiner Weise ersichtlich ist, daß der Rekurrent anders behandelt worden wäre, als ein Kantons- oder Schweizerbürger in gleichem Falle.

2. Dagegen sind allerdings, sofern es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt, die Art. 6, 38, 41 K.-V. und Art. 58 B.-V. verletzt. Denn nach Art. 38 und 41 K.-V. hat das Kantonsgericht auf nach Vorschrift angehobene Appellation hin über alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden; es ist also in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der verfassungsmäßige zweitinstanzliche Richter.

3. Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit nun liegt insoweit nicht vor, als die Bestrafung des Rekurrenten wegen Schwängerung oder Unzucht in Frage steht; in dieser Richtung handelt es sich um eine verfassungsmäßig (vergl. Art. 38, 41 K.-V.) in die ausschließliche Kompetenz des Bezirksgerichtes fallende Streitsache. Dagegen ist allerdings der, im gleichen Verfahren und von Amteswegen verfolgte Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft und die dem Schwängerer auffallenden vermögensrechtlichen Leistungen privatrechtlicher Natur, der Streit darüber also eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Die privatrechtliche Natur des Anspruches auf Alimentation und Kindbettentschädigung springt in die Augen; ebenso ist aber der Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft privatrechtlicher Natur, denn er geht auf Feststellung eines familienrechtlichen Verhältnisses, dies um so mehr, als das Recht des Kantons Appenzell J.-Rh. dem Paternitätsprinzipe huldigt, die Vaterschaftsklage also prinzipiell Statusklage ist. Daran würde es nichts ändern, wenn auch, was dahingestellt bleiben mag, nach innerrhodischem Rechte die außereheliche Schwängerung (nicht der außereheliche Beischlaf an sich) als strafbare Handlung sollte betrachtet werden, mithin die Thatsache der Schwängerung respektive Vaterschaft gleichzeitig als Thatbestandsmerkmal des Deliktes vom Strafrichter, müßte festgestellt werden und die vermögensrechtlichen Folgen der Schwängerung als Civilfolgen einer strafbaren Handlung erschienen. Denn dadurch, daß dem gleichen Thatbestande wie ein Privatrecht gleichzeitig ein Strafanspruch entspringt, wird die rechtliche Natur des erstern nicht berührt, also nichts daran geändert, daß ein Streit über dasselbe seiner innern Natur nach als bürgerliche Rechtsstreitigkeit erscheint; die innerrhodische Verfassung aber läßt die Appellation an das Kantonsgericht in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

zu, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben für sich allein oder im Adhäsionsverfahren in Verbindung mit einer Strafsache verhandelt werden. Der Rekurs erscheint demnach insoweit als begründet, als er sich gegen die Weigerung des Kantonsgerichtes richtet, auf die Appellation des Rekurrenten in Betreff der Feststellung der Vaterschaft und der vermögensrechtlichen Folgen derselben einzutreten. Ob etwa die Feststellung des Strafrichters (Bezirksgerichtes) in Betreff der Thatsache der Vaterschaft für den Civilrichter (das Kantonsgericht) präjudiziell sei, ist für die verfassungsmäßige Zulässigkeit der Appellation gleichgültig; darüber ist vielmehr vom Kantonsgerichte bei sachlicher Behandlung der Appellation zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägung 2 für begründet erklärt.

---

2. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

5. Urtheil vom 13. März 1891 in Sachen Heuer.

A. Eduard Heuer, Fabrikant in Biel, hatte mit der Gemeinde Sursee am 2. März 1885 einen Vertrag abgeschlossen, wodurch er sich verpflichtete, in Sursee ein industrielles Etablissement (Edelsteinmanufaktur) einzurichten und zu betreiben, wogegen die Gemeinde Sursee versprach, ihm während 10 Jahren eine jährliche Subvention von 1000 Fr. auszurichten. Art. 4 dieses Vertrages bestimmt: „Für alle auf den hierseitigen Geschäftsbe„trieb sich beziehenden Verbindlichkeiten verzeigt Herr Heuer Do„mizil und Gerichtsstand in Sursee." Ed. Heuer behielt seine Hauptniederlassung und seinen persönlichen Wohnsitz in Biel, dagegen errichtete er in Sursee eine Zweigniederlassung, welche er am 23. September 1885 im Handelsregister des Kantons Luzern eintragen ließ. Als Leiter dieser Zweigniederlassung funktionirte seit 1887 als Angestellter des Eduard Heuer Jean Heuer. Am

21. April 1890 verkaufte Eduard Heuer das Zweiggeschäft in Sursee; am gleichen Tage zeigte er der Gemeindebehörde von Sursee an, daß er sein dortiges Geschäftsdomizil aufgegeben habe und am 24. April ließ er die Zweigniederlassung im Handelsregister löschen. Am 21. Februar 1890 hatte er dem Jean Heuer seine Anstellung auf drei Monate gekündigt; dieser reichte am 19. Juni 1890 beim Bezirksgerichte Sursee eine Civilklage ein, in welcher er Bezahlung von 155 Fr. an rückständigem Dienstlohn und 1500 Fr. an zugesicherter Provision verlangte. Eduard Heuer bestritt unter Berufung auf Art. 59 Abs. 1 B.-V. die Kompetenz der luzernischen Gerichte, wurde indeß mit seiner Einrede in beiden Instanzen abgewiesen, vom Obergerichte des Kantons Luzern durch Entscheidung vom 31. Dezember 1890 und im Wesentlichen mit der Begründung: Die eingeklagte Forderung sei allerdings persönlicher Natur und müßte daher an und für sich am Wohnorte des Beklagten geltend gemacht werden; es sei auch richtig, daß der Beklagte schon vor der Einreichung der Klage sein Geschäft in Sursee aufgegeben habe; allein, abgesehen von der Frage, ob er nicht mit Rücksicht auf den frühern Eintrag im Handelsregister für alle Schulden aus dem Geschäftsbetriebe der Filiale in Sursee dort belangt werden könnte, sei der Gerichtsstand in Sursee durch den zwischen dem Beklagten und der Gemeinde Sursee am 2. März 1885 abgeschlossenen Vertrag als forum prorogatum begründet. In Ermangelung einer speziellen Bestimmung des luzernischen Gesetzes sei, mit der herrschenden Meinung, anzuerkennen, daß ein forum prorogatum auch durch einen außerhalb des Prozesses abgeschlossenen dahin zielenden Vertrag begründet werden könne. Ein solcher Vertrag liege hier vor. Allerdings sei der Vertrag vom 2. März 1885 nicht zwischen den gegenwärtigen Parteien abgeschlossen worden. Allein der gegenwärtige Kläger könne sich doch auf denselben berufen, denn die Einwohner-Gemeinde Sursee habe den Gerichtsstand in Sursee „für alle auf den dortigen Geschäftsbetrieb bezüglichen Verbindlichkeiten" offenbar im Interesse der in der Edelsteinschleiferei Beschäftigten stipulirt und der Beklagte habe denselben in diesem Sinne ohne allen Rückhalt anerkannt. Der Kläger sei aber während mehreren Jahren als Angestellter des Beklagten in

Sursee thätig gewesen und es könne über den Zusammenhang der eingeklagten Ansprüche mit dieser Anstellung und dadurch mit dem Geschäftsbetriebe in Sursee kein Zweifel obwalten.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff Eduard Heuer den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht mit dem Antrage: 1. Es sei die Erkenntniß des luzernischen Obergerichtes vom 31. Dezember abhin aufzuheben und die luzernischen Gerichte zur Beurtheilung der vorliegenden Klage als inkompetent zu erklären. 2. Seien sämmtliche daherige Kosten dem Kläger und Opponenten zu überbinden. Zur Begründung bringt er vor: Zur Zeit der Klageeinreichung habe er kein Domizil in Sursee mehr besessen, da er damals sein dortiges Geschäftsdomizil bereits aufgegeben gehabt habe. Eine Prorogation des Gerichtsstandes in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstreit habe nicht stattgefunden. Nach luzernischem Recht setze die Prorogation immer einen speziellen Streitfall unter bestimmten Personen voraus; im vorliegenden Prozesse habe er den Gerichtsstand in Sursee nicht anerkannt sondern von Anfang an bestritten. Auf den zwischen dem Rekurrenten und der Gemeinde Sursee abgeschlossenen Subventionsvertrag könne sich Jean Heuer nicht berufen; denn einerseits habe dieser bei dessen Abschlusse nicht mitgewirkt und andererseits habe es auch durchaus nicht in der Intention der Kontrahenten gelegen durch diesen Vertrag irgend welche Rechte für den Jean Heuer zu begründen. Die Gemeinde Sursee habe lediglich beabsichtigt, für sich und für die in Sursee wohnenden Fabrikarbeiter und die sonstigen Einwohner von Sursee den dortigen Gerichtsstand zu stipuliren. Zu diesen gehöre aber Jean Heuer nicht; dieser sei gar nicht Arbeiter der Fabrik in Sursee sondern Angestellter des Hauptgeschäftes in Biel gewesen, von welchem er zur Aufsicht und Leitung des Zweiggeschäftes in Sursee abgesandt worden sei; er habe in keinem Vertragsverhältnisse zu der Filiale in Sursee sondern lediglich in einem Mandatsverhältnisse zum Rekurrenten selbst gestanden, wie denn auch der Vertrag mit ihm in Biel abgeschlossen worden sei. In Bezug auf dieses Mandatsverhältniß habe der Vertrag mit der Gemeinde Sursee offenbar nichts bestimmen wollen. Dazu hätte letzterer jedes Interesse gefehlt. Sei somit ein forum prorogatum in Sursee nicht

begründet, so müsse die streitige Forderung gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. am Domizil des Beklagten in Biel geltend gemacht werden.

C. Der Rekursbeklagte Jean Heuer trägt auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem er ausführt: Es sei unrichtig, daß er jemals im Geschäfte in Biel angestellt gewesen und von dort blos vorübergehend nach Sursee gesandt worden sei. Er sei vielmehr aus einem andern Anstellungsverhältnisse im Juli 1887 in den Dienst des Eduard Heuer für die Leitung der Fabrik in Sursee übergetreten. Da der Rekurrent in Sursee eine Fabrik betrieben, so habe er sich dort in das Handelsregister eintragen lassen müssen und mußte für alle auf den dortigen Geschäftsbetrieb bezüglichen Rechtsverhältnisse dort Recht nehmen. Sein Domizil in Biel habe mit dem Geschäftsbetriebe in Sursee nichts zu schaffen. Uebrigens liege forum prorogatum vor.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Obergericht des Kantons Luzern nimmt an, es sei zufolge des zwischen der Gemeinde Sursee und dem Rekurrenten abgeschlossenen Vertrags vom 2. März 1885 für die vorliegende Sache ein vertraglicher Gerichtsstand in Sursee begründet worden. Ist dies richtig, so liegt eine Verletzung des Art. 59 Abs. 1 B.-V. nicht vor, da nach feststehender bundesrechtlicher Praxis, auf die Gewährleistung dieses Artikels kann verzichtet werden.

2. Wenn nun der Rekurrent zunächst scheint behaupten zu wollen, es sei nach kantonaler Civilprozeßgesetzgebung eine Vereinbarung über den Gerichtsstand nur als prozeßuale Prorogation in bereits anhängigen Streitfällen zuläßig und wirksam, so entzieht sich diese, übrigens wohl unzweifelhaft unrichtige, Behauptung der Nachprüfung des Bundesgerichtes, da es sich dabei lediglich um die Auslegung des kantonalen Gesetzesrechtes handelt.

3. Dagegen muß sich fragen, ob der in dem Subventionsvertrage zwischen der Einwohnergemeinde Sursee und dem Rekurrenten vereinbarte Gerichtsstand auch vom Rekursbeklagten für sich könne angerufen werden, ob also auch ihm gegenüber ein Verzicht auf den Gerichtsstand des Domizils erklärt sei.

4. Richtig ist nun, daß im Allgemeinen eine vertragliche Erklärung sich einem bestimmten Gerichtsstand unterwerfen, dort für

gewisse Rechtsverhältnisse Domizil erwählen zu wollen, nur gegenüber dem Vertragsgegner, dem Empfänger der Erklärung, nicht aber gegenüber Dritten wirkt. Allein im vorliegenden Falle kann ein Zweifel darüber nicht obwalten — und es wird dies denn auch vom Rekurrenten eigentlich gar nicht bestritten — daß die Erklärung des Rekurrenten sich für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetriebe in Sursee dort belangen lassen zu wollen, nicht nur zu Handen der Gemeinde Sursee sondern daß sie zu Handen des Publikums, d. h. aller denjenigen abgegeben wurde, welche zu dem Rekurrenten mit Bezug auf sein Zweiggeschäft in Sursee in rechtliche Beziehungen treten werden. Bei dieser von vornherein für einen unbestimmten Personenkreis bestimmten Erklärung muß sich denn der Rekurrent von denjenigen behaften lassen, welche deren Voraussetzung erfüllt und sie damit acceptirt haben, d. h. von allen Personen, welche mit ihm in Bezug auf seinen Geschäftsbetrieb in Sursee in rechtliche Beziehungen getreten sind. Zu diesen gehört aber auch der Rekursbeklagte. Der Anstellungsvertrag zwischen diesem und dem Rekurrenten ist nicht zu den Akten gebracht worden und es ist überhaupt dessen Inhalt genauer nicht festgestellt; dagegen steht fest, daß der Rekursbeklagte thatsächlich dauernd als Leiter des Zweiggeschäftes in Sursee funktionirte, also gewiß auch zu diesem Zwecke angestellt war. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß die Ansprüche aus diesem Anstellungsverhältnisse solche sind, welche auf den Geschäftsbetrieb in Sursee sich beziehen.

5. Ist demnach für die vorliegende Sache ein vertraglicher Gerichtsstand in Sursee begründet, so kommt nichts darauf an, ob die Zweigniederlassung des Rekurrenten zur Zeit der Prozeßeinleitung noch bestand; dies wäre vielmehr nur dann von Bedeutung, wenn es sich um einen gesetzlichen Gerichtsstand der Zweigniederlassung respektive des Theilwohnsitzes handelte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

6. *Arrêt du 28 Mars 1891 dans la cause Menétrey.*

Le sieur Jules Menétrey, de Chavannes-les-Forts, lithographe, domicilié alors à Fribourg, y a déposé son bilan le 5 Février 1890; le 10 dit, le Tribunal cantonal ordonnait la discussion de ses biens. Le 28 Février suivant, la Justice de Paix de Fribourg nommait à la femme du discutant, Louise Menétrey née Genoud, recourante, un assistant judiciaire dans la personne de François Reichlen, agent d'affaires.

Celui-ci est intervenu dans la faillite en vertu d'un acte de reconnaissance de 4390 fr. que la dame Menétrey s'était fait stipuler par son mari prénommé, le 11 Janvier 1889, pour les meubles et l'argent comptant apportés par elle lors du mariage.

Un des créanciers de la masse, Nicolas Menétrey, secrétaire de préfecture à Fribourg et père du discutant, attaqua cet acte comme entaché d'exagération; un procès s'ensuivit entre Nicolas Menétrey et Louise Menétrey.

Par jugement du 11 Juillet 1890, le président du Tribunal de la Sarine admit Nicolas Menétrey dans les fins de sa demande en nullité.

La dame Menétrey s'étant pourvue en appel contre ce jugement, la Cour d'Appel de Fribourg, par arrêt du 11 Novembre suivant, accueillit le recours, et mit les dépens $^2/_3$ à la charge de Louise Menétrey et $^1/_3$ à la charge de sa contrepartie; les listes de frais furent fixées de telle sorte que dame Menétrey redoit à Nicolas Menétrey la somme de 149 fr. 60 c.

Le 11 Janvier 1891, Nicolas Menétrey, pour parvenir au paiement de ce montant, fit notifier à la recourante un exploit de gagements sous le sceau du juge de paix de Fribourg.

Le 20 dit, dame Menétrey opposait à cette poursuite, en invoquant l'art. 59 de la Constitution fédérale et le fait qu'elle est domiciliée à Berne, avec son mari, depuis le 24 Avril 1890.

La dame Menétrey a recouru, en outre, les 17-19 Janvier, auprès du Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise prononcer que la poursuite dirigée contre elle, et en particulier l'exploit de gagements du 10 Janvier, sont nuls et de nul effet.

Nicolas Menétrey a conclu au rejet du recours, par le motif que la dame Menétrey, se trouvant soumise à un conseil, soit assistant judiciaire, peut être recherchée au domicile de celui-ci.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Il a été établi au procès que le lithographe Menétrey est domicilié à Berne depuis le mois d'Avril 1890, après avoir retiré, le 16 Mars précédent, ses papiers de légitimation de Fribourg, en déclarant qu'il avait l'intention de se rendre à Berne. Il demeura dans cette ville d'abord en vertu d'un simple permis de séjour, puis, à partir du 25 Août 1890, il y obtint un permis d'établissement, et y est resté sans interruption jusqu'à maintenant. Sa femme a toujours habité auprès de lui, et n'a jamais été divorcée. Il en résulte que si aucun fait de nature à influer sur la situation de la femme Menétrey vis-à-vis de son mari ne s'était produit dans l'intervalle, elle devrait être considérée comme ayant son domicile personnel à Berne le 10 Janvier 1891, date à laquelle des poursuites ont été commencées contre elle à Fribourg, pour une réclamation personnelle.

2° C'est toutefois avec raison que Nicolas Menétrey invoque, à l'appui du rejet du recours, la circonstance que la débitrice, ayant été pourvue d'un assistant judiciaire à Fribourg, pouvait être recherchée au domicile de ce dernier. En pareil cas la jurisprudence constante des autorités fédérales, tout comme celle du Tribunal fédéral depuis son organisation actuelle, a toujours reconnu que le for d'une personne se trouvant sous tutelle ou sous curatelle, est au domicile de son tuteur ou curateur. Or il est constaté que la dame Menétrey n'est plus soumise, quant à ses biens, à l'administration de son mari, mais qu'un assistant judiciaire spécial lui a été désigné. Aux termes des dispositions des lois fribour-

geoises, en particulier des art. 63, 96, 361 du code civil, la femme, en cas de faillite du mari, est pourvue d'un assistant judiciaire; elle reprend les biens qui lui appartiennent, et l'époux est privé de leur administration. Aussi, dans l'espèce, la désignation d'un conseil judiciaire à la recourante eut lieu, aux termes de la loi, le 28 Janvier 1890 à Fribourg, à une époque où les époux Menétrey étaient encore domiciliés dans cette localité.

La dame Menétrey ne pouvait se soustraire à cette tutelle par le fait de son départ pour Berne à la suite de son mari. En sa qualité de ressortissante fribourgeoise, elle est soumise aux lois de ce canton, dans lequel elle a été pourvue d'une assistance judiciaire; les dispositions du concordat du 15 Juillet 1822 sur cette matière, auquel les cantons de Fribourg et de Berne ont adhéré, doivent trouver leur application, et, en particulier, le canton de Berne doit reconnaître, conformément à ce concordat, la tutelle imposée à la recourante dans son canton d'origine. C'est, d'ailleurs, par l'intermédiaire et sous l'autorité de son assistant judiciaire que la dame Menétrey a soutenu, en 1890, devant les tribunaux fribourgeois, son procès en reconnaissance des apports faits par elle lors de son mariage, et qu'elle a interjeté son présent recours au Tribunal de céans.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté.

---

2. Arreste. — Saisies et séquestres.

7. Urtheil vom 17. Januar 1891 in Sachen Marti & Widmer.

A. Die Firma Marti & Widmer in Frick hatte im Konkurse des Franz Josef Wehrle in Bruggen, Kantons St. Gallen, eine Forderung von 48 Fr. 30 Cts. angemeldet, für welche sie in Klasse VII voll befriedigt wird. Sie hatte nun aber, in Verbin-

dung mit fünf andern in der gleichen Klasse lozirten Gläubigern, gegen Gebrüder Humbel in Niederbüren einen Lokationsprozeß geführt, in welchem letztere obsiegten und in welchem Marti & Widmer und Genossen zu einer Kostenentschädigung von 190 Fr. an den Gegner verurtheilt wurden. Am 3./4. Oktober 1890 erwirkten Gebrüder Humbel beim Bezirksamte Goßau, gestützt auf Art. 247 litt. a und c der st. gallischen Civilprozeßordnung, eine Verfügung, wodurch auf das Guthaben der Firma Marti & Widmer im Konkurse Wehrle (ebenso wie auf die Guthaben anderer betheiligter Gläubiger) Beschlag gelegt wurde in dem Sinne, „daß der Betrag von 190 Fr., welcher den Gebrüdern „Humbel laut bezirksgerichtlichem Urtheil Goßau vom 25. August „a. c. in Form von Kosten und unter solidarischer Haftbarkeit „gesprochen worden ist, zu deren Gunsten verhaftet werde." Das Gesuch war damit begründet worden, daß mehrmalige Zahlungsaufforderungen erfolglos geblieben seien und Marti & Widmer (sowie wie andere betheiligte Gläubiger) im Kanton St. Gallen keinen festen Wohnsitz haben und für die Schuld solidarische Haftbarkeit bestehe. Marti & Widmer rekurrirten an den Regierungsrath des Kantons St. Gallen, wegen Verletzung des Art. 59 B.-V., wurden aber von diesem durch Entscheidung vom 27. Oktober 1890 abgewiesen, weil „es sich um Arrestlegung „auf ein Vermögen handle, welches zum Theil von Kantons„bürgern, zum Theil von Nichtkantonsbürgern angesprochen werde, „welche zusammen solidarisch haften."

B. Nunmehr ergriff Advokat Dr. A. Hoffmann in St. Gallen Namens der Firma Marti & Widmer den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, indem er ausführt: Der Arrest sei nicht, wie der Regierungsrath des Kantons St. Gallen behaupte, auf ein den dabei betheiligten Konkursgläubigern des J. Wehrle gemeinsames Aktivum, sondern auf die einzelnen Konkursdividendenbetreffnisse gelegt worden, welche jeder dieser Gläubiger aus der genannten Konkursmasse selbständig für sich zu beziehen habe. Würde es sich übrigens auch um ein gemeinschaftliches Aktivum dieser Gläubiger handeln, so wäre der Arrest auf das Antheilsbetreffniß der Rekurrentin, welche aufrechtstehend und im Kanton Aargau fest niedergelassen sei, nach Art. 59 Abs. 1 B.-V. doch gerade so unzuläßig, wie es der Arrest auf ein ihr ausschließlich

zustehendes Aktivum sei. Ebenso gleichgültig sei, ob für die Kostenforderung der 190 Fr. solidarische Haftbarkeit bestehe oder nicht. Demnach werde beantragt, es sei der Beschluß des Regierungsrathes des Kantons St. Gallen vom 27. Oktober 1890 aufzuheben.

C. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde bemerken die Rekursbeklagten Gebrüder Humbel im Wesentlichen: Die Rekurrentin sei zum Rekurse gar nicht berechtigt. Die Verfügung des Bezirksamtes Goßau vom 3. Oktober 1890 habe keinen andern Zweck, als den, zu bewirken, daß Gebrüder Humbel für den ihnen gesprochenen Kostenbetrag von 190 Fr., als Akzessorium ihrer im Konkurse angemeldeten Hauptforderung, (ebenso wie für diese selbst) aus dem im Konkurse Wehrle auf die VII. Klasse entfallenden Massabetrage befriedigt werden. Da nach der Lage der Masse Wehrle Marti & Widmer auch dann, wenn dies geschehe, für ihre Konkursforderung noch voll und ganz befriedigt werden, so haben sie absolut kein Interesse und daher auch kein Recht, sich gegen die Verfügung vom 3. Oktober 1890 und den Regierungsbeschluß vom 27. Oktober zu beschweren. Es müsse angenommen werden, die Firma Marti & Widmer selbst wisse von dem Rekurse gar nichts, sondern es sei derselbe von ihrem Inkassobevollmächtigten, dem Rechtsagenten Thurnheer, ohne ihr Wissen veranlaßt worden. Wenn übrigens die Rechte von Marti & Widmer durch die angefochtene Verfügung auch wirklich gefährdet würden, so wäre die Beschwerde doch unbegründet. Das Streitobjekt, der Massebetrag der VII. Klasse im Konkurse Wehrle, liege im Kanton St. Gallen; dieses Streitobjekt dürfe nicht dislozirt oder aushingegeben werden, bis der Streit gänzlich erledigt sei; es handle sich um eine auf das kantonale Prozeßrecht (Art. 254 der st. gallischen Civilprozeßordnung) sich stützende, mit Art. 59 B.-V. nicht unvereinbare Verfügung zu Erhaltung des gegebenen Zustandes einer Sache, worüber ein Rechtsstreit walte. Ebenso könne hier vom einer Verletzung des Art. 59, Abs. 1 B.-V. deßhalb nicht die Rede sein, weil die sämmtlichen Prozeßkostenschuldner solidarisch haften, ein Theil derselben aber im Kanton St. Gallen wohne, wo also zufolge der bestehenden Solidarität auch die Rekurrentin belangt werden könne. Demnach

werde beantragt: Das Bundesgericht wolle den Rekurs als einen total unbegründeten abweisen und die Rekurrentin in die Kosten des Rekursverfahrens verurtheilen.

D. Auf Aufforderung des Instruktionsrichters ist vom Anwalte der Rekurrentin produzirt worden: 1. Eine Prozeßvollmacht der Rekurrentin „betreffend Sequesterauflösung" vom 16. Dezember 1890; 2. Eine amtliche Erklärung des Gerichtsschreibers von Goßau, Namens der Konkurskommission des dortigen Bezirksgerichtes, datirt den 16. Dezember 1890, in welcher unter anderm erklärt wird, daß der verfügte Sequester für alle Streitbetheiligten bindend sei und daher, so lange die angefochtene Sequesterverfügung aufrecht erhalten werde, die Konkurskommission jedem davon betroffenen Gläubiger im Konkurse Wehrle, also auch der Rekurrentin, an ihrer Konkursdividende einen verhältnißmäßigen Abzug machen müsse und zwar nicht nur, für den auf sie entfallenden sechsten Theil der Prozeßkostenforderung von 190 Fr. sondern auch für die auf zwei im Konkurse leer ausgehende Gläubiger entfallenden Quoten dieser Forderung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Vollmacht des Anwaltes der Rekurrentin zur Beschwerde ist dargethan. Wie sich aus der Erklärung des Gerichtsschreibers von Goßau vom 16. Dezember 1890 ergibt und wie übrigens, da ja die in Rede stehende Prozeßkostenschuld nicht eine Schuld der Konkursmasse Wehrle, sondern eine solche der einzelnen im Prozesse unterlegenen Gläubiger ist, von vornherein als einleuchtend erscheinen mußte, ist die Beschwerde auch nicht gegenstandslos; es kann vielmehr keinem Zweifel unterliegen, daß neben den Betreffnissen anderer Gläubiger auch die der Rekurrentin zukommende Konkursdividende für die Prozeßkostenforderung der Rekursbeklagten mit Arrest belegt worden ist und bis zur Aufhebung des Arrestes nicht, beziehungsweise nicht in vollem Betrage, ausbezahlt wird. Richtig ist dagegen allerdings, daß die Rekurrentin seiner Zeit absolut kein Interesse daran hatte, die Lokation der Rekursbeklagten in Klasse VII zu bestreiten. Allein dies ist natürlich für das Schicksal der gegenwärtigen Beschwerde völlig unerheblich.

2. Der durch die Verfügung des Bezirksamtes Goßau vom

3. Oktober 1890 auf die Konkursdividende der Rekurrentin gelegte Beschlag ist ohne Zweifel ein eigentlicher, zu Sicherung einer Forderung gelegter Arrest und nicht, wie die Rekursbeklagten andeuten, eine vorsorgliche Verfügung zu Erhaltung „des gegebenen Zustandes" einer streitigen Sache. Dies ergibt sich zur Evidenz aus dem Inhalte der Verfügung selbst sowie den durchaus auf den Arrest und nicht auf die vorsorgliche Verfügung bezüglichen Gesetzesbestimmungen, auf welche die Beschlagnahme begründet worden ist.

3. Da der Arrest, wie bemerkt, zweifellos auf Vermögen (eine Forderung) der Rekurrentin gelegt worden ist, letztere aber unbestrittenermaßen aufrechtstehend und im Kanton Aargau fest niedergelassen ist, so erscheint die Beschwerde gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. als begründet. Daß die Rekurrentin für die Forderung der Rekursbeklagten mit andern, theilweise im Kanton St. Gallen wohnhaften, Personen solidarisch haften mag, ändert hieran nichts. Aus der Solidarität mehrerer Schuldner folgt durchaus nicht, daß sie alle vor dem gleichen Richter müssen belangt werden können; vielmehr bleibt auch für Solidarschuldner die verfassungsmäßige Gewährleistung des Gerichtsstandes des Wohnortes bestehen (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Sandi-Gilli Amtliche Sammlung XI, S. 430.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin der angefochtene, durch Verfügung des Bezirksamtes Goßau vom 3. Oktober 1890 gelegte und durch Entscheidung des Regierungsrathes des Kantons St. Gallen vom 27. Oktober 1890 aufrechterhaltene Arrest, soweit derselbe die Rekurrentin betrifft, aufgehoben.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

8. Urtheil vom 13. März 1891 in Sachen Schneider.

A. Am 12. Februar 1889 verehelichten sich vor dem Civilstandsamt Küßnacht (Zürich) der aus Volkhardinghausen, Fürstenthums Waldeck-Pyrmont, gebürtige Metalldreher Georg Heinrich Schneider und Susanna Albertina Fenner von Küsnacht, Kantons Zürich. Schneider war bereits am 29. Juni 1888 auf seinen Antrag aus dem waldeck'schen Staatsverbande entlassen worden und hatte damit, nachdem er seinen Wohnsitz außerhalb des deutschen Reichsgebietes verlegt hatte und ihm die Entlassungsurkunde durch Vermittlung der kaiserlich-deutschen Gesandtschaft in Bern ausgehändigt worden war, die deutsche Reichs- und die waldeck'sche Staatsangehörigkeit verloren. Als er daher zum Zwecke seiner Verehelichung in der Schweiz bei den waldeck'schen Behörden um Ausstellung der nöthigen Ausweispapiere, insbesondere einer Staatsangehörigkeitsbescheinigung nachsuchte, wurde ihm dies durch Bescheid des Landesdirektoriums der Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont vom 15. November 1888, verweigert. Nichtsdestoweniger wurde die Ehe durch das Civilstandsamt Küsnacht abgeschlossen. Mit Weisung des Friedensrichteramtes Oberstraß vom 15. August 1890 leitete Susanna Albertina Schneider beim Bezirksgerichte Zürich Scheidungsklage gegen ihren derzeit unbekannt abwesenden Ehemann ein, dessen letzter schweizerischer Wohnsitz sich in Oberstraß befunden habe. Sowohl das

Bezirksgericht Zürich als die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes wiesen indeß die Klage kostenfällig von der Hand, die Appellationskammer durch Entscheidung vom 13. Dezember 1890 und mit der Begründung: Die zwischen der Rekurrentin und dem Georg Heinrich Schneider vor Civilstandsamt Küsnacht abgeschlossene Ehe sei gemäß den Vorschriften des Bundesgesetzes eine rechtsgültige und als solche von den Gerichten zu respektiren, trotz des inkorrekten Verfahrens des Civilstandsamtes Küsnacht. Da es sich nicht um eine Ehe zwischen schweizerischen Staatsangehörigen handle, so könne sie gemäß Art. 56 C.-St.-G. nur dann von den schweizerischen Gerichten getrennt werden, wenn nachgewiesen werde, daß der Staat, welchem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urtheil anerkenne. Möge der legislative Grund der Aufstellung dieser Gesetzesvorschrift gewesen sein, welcher er wolle und möge auch durch dieselbe die Unmöglichkeit hierseitiger Scheidung der Ehe heimatloser Personen geschaffen worden seiu, so müsse doch an dem aufgestellten Prinzipe in der Gerichtspraxis unbedingt festgehalten werden. Denn das Bundesgesetz betreffend Civilstand und Ehe habe gemäß seinem Inhalte grundsätzlich nur Geltung für schweizerische Staatsangehörige und Art. 56 bilde eine Ausnahmebestimmung für Ausländer, welche strikt und formell zu interpretiren sei und nicht auf Heimatlose erstreckt werden dürfe.

B. Gegen diese Entscheidung beschwert sich Susanna Albertina Schneider im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte mit dem Antrag, das Bundesgericht wolle in Gutheißung des Rekurses das Bezirksgericht Zürich anweisen, auf das Materielle der Scheidungsklage der Rekurrentin einzutreten. Sie machte wesentlich geltend: Das schweizerische Ehegesetz gelte offenbar nicht nur für Schweizer, sondern für die Bewohner der Schweiz, gleichviel ob Schweizer oder Ausläuder. Für letztere seien nur einzelne Ausnahmebestimmungen zur Vermeidung vou Konflikten und Nachtheilen getroffen. Solche Konflikte und Nachtheile seien da aber von vornherein ausgeschlossen, wo es sich nicht um einen Angehörigen eines auswärtigen Staates handle. In concreto liege dieser Fall vor. Die Eheleute Schneider-Jenner gehören keinem Staatsverbande an und es sei also kein Staat

und keine Behörde da, welche sich um das Scheidungsurtheil bekümmern oder demselben die Anerkennung versagen könnten, Art. 56 des Civilstands- und Ehegesetzes, welcher ausdrücklich eine Erklärung des Staates verlange, dem „die Eheleute angehören", sei also gar nicht anwendbar. Der dort geforderte Nachweis sei weder zu erbringen, noch dürfe er gefordert werden. Der angefochtene Entscheid enthalte eine Rechtsverweigerung, da die Anwendung des eidgenössischen Ehegesetzes verweigert werde.

C. Die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erklärt, daß sie sich zu Bemerkungen über die Beschwerde nicht veranlaßt finde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Ehemann der Rekurrentin hatte unzweifelhaft seine deutsche Reichs- und Staatsangehörigkeit bereits vor seiner Verehelichung durch Entlassung verloren und war also, da er eine andere Staatsangehörigkeit nicht erworben hat, heimatlos. Freilich war Deutschland staatsvertraglich (Art. 7 des Niederlassungsvertrages vom 27. April 1876 und Art. 8 desjenigen vom 31. Mai 1890) verpflichtet, ihn trotz des eingetretenen Verlustes der Staatsangehörigkeit im Falle der Ausweisung aus der Schweiz wieder zu übernehmen. Allein dies ändert nichts daran, daß er nicht deutscher Staatsangehöriger, sondern Heimatloser war und ist. Nicht weil er deutscher Angehöriger gewesen wäre, sondern trotzdem er die dortige Staatsangehörigkeit durch seine Entlassung verloren hatte, war das deutsche Reich der Schweiz gegenüber verpflichtet, ihn wieder aufzunehmen; durch die etwaige Abschiebung nach seinem frühern Heimatlande lebte denn auch sein dortiges Bürgerrecht keineswegs ohne weiters wieder auf, sondern wäre er nur in die Lage gelangt, dasselbe unter Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen (durch Naturalisation) wieder zu erwerben, (vergl. Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Bundesrath gegen Tessin vom 7. Februar 1891, Erw. 1.). War also der Ehemann der Rekurrentin zur Zeit seiner Verehelichung heimatlos, so hat die Ehefrau, da sie durch den Eheabschluß ein anderes Bürgerrecht nicht erwerben konnte, ihr ursprüngliches schweizerisches Bürgerrecht, gemäß der konstanten bundesrechtlichen Praxis, nicht verloren, sondern ist fortwährend Schweizerbürgerin

geblieben. Es ist denn übrigens auch wohl nicht zweifelhaft, daß mit Bezug auf die Ehefrau Schneider auch eine Pflicht des deutschen Reiches, dieselbe zu übernehmen, nicht besteht. Eine solche Pflicht der beiden Staaten ist staatsvertraglich lediglich in Betreff ihrer vormaligen Angehörigen stipulirt, welche ihr Bürgerrecht verloren haben, ohne die Angehörigkeit eines andern Staates zu erwerben; die Ehefrau Schneider aber war ja niemals Angehörige des deutschen Reiches. Es handelt sich somit im vorliegenden Falle nicht um die Scheidung einer Ehe zwischen Ausländern, sondern um die Scheidung einer zwischen einer Schweizerin und einem Nichtschweizer und zwar einem Nichtschweizer, der nicht Angehöriger eines fremden Staates sondern Heimatloser ist, geschlossenen Ehe.

2. Fragt sich, ob Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe auf diesen Thatbestand anwendbar sei, so ist dies gemäß dem Wortlaute und dem Sinne und Geiste der angeführten Gesetzesbestimmung zu verneinen. Art. 56 spricht von Ehen zwischen „Ausländern", er setzt also voraus, daß beide Ehegatten Ausländer seien. Er verlangt im Fernern den Nachweis, daß der Staat, „dem die Eheleute angehören", das zu erlassende Urtheil anerkenne; er hat also nur Eheleute im Auge, die einem bestimmten fremden Staate angehören, nicht aber auch solche, welche überhaupt keinem bestimmten Staate angehören oder von welchen der eine Theil heimatlos, der andere dagegen nicht Ausländer sondern gegentheils Schweizerbürger ist. Dem entspricht denn auch der Zweck des Gesetzes. Der Gesetzgeber wollte durch die Vorschrift des Art. 56 die Verwickelungen vermeiden, welche entstehen konnten, wenn ein schweizerisches Ehescheidungs- oder Nichtigkeitsurtheil im Heimatstaate der Parteien nicht anerkannt würde, so daß dieselben dort fortwährend als verheirathet galten; von solchen Konflikten kann aber dann keine Rede sein, wenn die Parteien überhaupt keinem ausländischen Staate angehören, sondern heimatlos oder theils heimatlos theils Inländer sind.

3. Danach kann denn die Anhandnahme der Scheidungsklage im vorliegenden Falle nicht wegen Mangels des in Art. 56 cit. geforderten Nachweises verweigert werden. Wenn im Fernern die Appellationskammer darauf abstellt, daß das Bundesgesetz be-

treffend Civilstand und Ehe sich seinem Inhalte nach prinzipiell nur auf Schweizerbürger beziehe und auf Ausländer sich nur insoweit erstrecke, als es dies ausdrücklich vorschreibe, so erscheint dies nicht als richtig. Das Gesetz bringt, wenn es auch freilich rücksichtlich der Eheverhältnisse der Ausländer deren heimatlichem Rechte in verschiedenen Richtungen (vergl. u. A. Art. 31) Einfluß gestattet, doch in keiner Weise zum Ausdrucke, daß seine Normen prinzipiell nur für Schweizerbürger gelten; insbesondere ergibt sich gerade aus Art. 56, daß für Scheidungsklagen der Ausländer prinzipiell der schweizerische Richter angerufen werden kann und dessen Kompetenz nur insofern es sich um Ausländer handelt, die einem bestimmten Staate angehören, durch die Nothwendigkeit des dort geforderten Nachweises beschränkt wird; andernfalls würde ja auch die Ehescheidung (wie übrigens bei Annahme der Ansicht der Appellationskammer auch der Eheabschluß) für heimatlose, in der Schweiz domizilirte Personen völlig unmöglich. Es gäbe für Ehesachen solcher Personen weder ein anwendbares Recht noch einen Gerichtsstand.

4. Demgemäß kann sich denn nur noch fragen, ob nicht in casu die Scheidungsklage deßhalb von der Hand zu weisen sei, weil der Ehemann keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, die Gerichtsstandsnorm des Art. 43 Abs. 1 C. St.-G. also nicht anwendbar ist und nun der Gerichtsstand des Abs. 2 ibidem nur dann Anwendung finde, wenn der Ehemann Schweizerbürger ist. Auch dies ist indeß zu verneinen. Es mag dahingestellt bleiben, ob im Allgemeinen der Gerichtsstand des letzten schweizerischen Wohnortes, wie ihn Art. 43 Abs. 2 cit. statuirt, auch für Ausländer gelte. In Fällen der vorliegenden Art nämlich ist derselbe jedenfalls begründet. Art. 43 Abs. 2 cit. will unzweifelhaft schweizerischen Ehegatten einen Gerichtsstand in der Schweiz sichern; dabei ist, der normalen Gestaltung der Verhältnisse entsprechend, zunächst wohl nur an den Fall gedacht worden, daß beide Ehegatten Schweizer sind, respektive daß der Ehemann dies ist, während der anormale hier vorliegende Fall, daß die Ehefrau Schweizerin, der Ehemann dagegen Heimatloser ist, nicht in Betracht gezogen wurde. Allein im Sinne und Geiste des Gesetzes liegt es gewiß, auch in diesem Falle dem schweizerischen Ehegatten

den schweizerischen Gerichtsstand zu wahren und es ist daher hier die Scheidungsklage am letzten schweizerischen Wohnorte zuzulassen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es wird mithin der Rekurrentin ihr Rekursbegehren zugesprochen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden
Abus de compétence des autorités cantonales.

1. Uebergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt. — Empiétement dans le domaine du pouvoir législatif.

9. Urtheil vom 6. Februar 1891 in Sachen Reuschel und Genossen.

A. Am 29. November 1890 erließ der Regierungrath des Kantons Baselstadt, auf Petition einer großen Anzahl von Meistern und Gehülfen des Coiffeurgewerbes hin, einen Beschluß betreffend die Sonntagsruhe in den Coiffeurgeschäften, welcher folgendermaßen lautet: „Der Regierungsrath beschließt unter „Vorbehalt des Erlasses eines Gesetzes betreffend die Sonntags„ruhe in den Gewerben: 1. Die Coiffeurgeschäfte im hiesigen „Kanton sollen an den Sonntagen und an staatlich anerkannten „Feiertagen spätestens von 1 Uhr Nachmittags und am Char„freitag, Himmelfahrtstag, Bettag und Weihnachtstag den ganzen „Tag über geschlossen bleiben. 2. Zuwiderhandelnde werden nach „§ 48 des Polizeistrafgesetzes zur Bestrafung verzeigt." Gegen diesen Beschluß beschweren sich Paul Reuschel, Coiffeur und Reinhold Wehrle, Chirurg, im eigenen Namen und im Namen einer Anzahl von Berufsgenossen im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte. Sie beantragen: Der Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Baselstadt vom 29. November 1890 soll als verfassungswidrig aufgehoben werden, indem sie im Wesent-

lichen ausführen: Die angefochtene Regierungsverordnung habe insbesondere für diejenigen Coiffeurs, welche vorwiegend auf die Arbeiterbevölkerung angewiesen seien, eine große materielle Einbuße zur Folge. Das sei freilich kein Grund, die Verordnung anzufechten; auch erkennen die Rekurrenten an, daß die Einführung einer angemessenen Sonntagsruhe durchaus zu begrüßen wäre. Allein dazu bedürfe es des Erlasses eines allgemeinen Verbotes sonntäglicher Arbeit. So lange ein solches nicht erfolge, sondern nur einzelne Klassen von Gewerbetreibenden durch Einzelverfügungen betroffen werden, werden diese sich stets andern Klassen und Gewerbetreibenden gegenüber als ungleichmäßig und darum ungerecht behandelt erachten. Viele der Rekurrenten haben mit ihren Rasirstuben kleine Magazine verbunden, in welchen Parfumerieartikel, Luxuswaaren ꝛc. verkauft werden; auch diese kleinen Magazine, die sich in den Rasirstuben befinden, müssen natürlich mit diesen geschlossen werden. Alle andern Läden aber, in welchen diese gleichen Waaren gehalten werden, stehen den ganzen Sonntag nach Belieben offen. Hierin liege eine Ungleichheit und Ungerechtigkeit. Die angefochtene Verordnung selbst aber verletze die Kantonsverfassung. Offenbar handle es sich hier um eine neue und eine so einschneidende Beschränkung in der freien Ausübung eines Gewerbes, daß eine solche Einschränkung nur auf dem Wege der Gesetzgebung möglich sei. Dem Regierungsrathe stehe aber nach § 42 K.-V. nur die Vollziehung und Handhebung der Gesetze und die Staatsverwaltung zu, nicht aber die Gesetzgebung. Nur zu solchen Verordnungen und Beschlüssen sei der Regierungsrath kompetent, welche sich als die Ausführung bestehender Gesetze darstellen, nicht aber zum Erlasse von Verordnungen, welche neues öffentliches Recht bezüglich einer ganzen Berufsklasse schaffen. Nur der Große Rath in Verbindung mit dem Volke sei befugt, etwas als strafbar zu bezeichnen, was bis dahin noch nicht strafbar war und insofern sei die Verordnung eine flagrante Verletzung der Art. 29 und 39 b K.-V. Dem könne nicht etwa entgegen gehalten werden, daß auch die seither geltenden Bestimmungen über die Sonntagsruhe in einer Verordnung über die Sonntagspolizei vom 18. Dezember 1872, und nicht in einem Gesetze enthalten seien. Die Verordnung über

die Sonntagspolizei vom 18. Dezember 1872 nämlich sei, wenn sie auch den Namen Verordnung trage, doch in der Form eines Gesetzes und von den zur Zeit ihres Erlasses, nach der Kantonsverfassung vom 28. Februar 1858, kompetenten Organen, nämlich von Bürgermeister und Rath erlassen worden. Auch § 48 des Polizeistrafgesetzes könne die angefochtene Verordnung nicht zu einer gesetzlichen machen. Wenn derselbe die Uebertretung der durch Verordnung oder polizeiliche Verfügung in Bezug auf die Störung des Gottesdienstes oder die Feier von Sonn- und Festtagen festgesetzten Bestimmungen unter Strafe stelle, so habe er eben auf verfassungsmäßigem Wege erlassene (gegenwärtige oder zukünftige) Verordnungen im Auge. Anders wäre es, wenn das Polizeistrafgesetz oder irgend ein anderes Gesetz den Regierungsrath ermächtigen würde, auf dem Wege der Verordnung über Sonntagspolizei Strafbestimmungen zu erlassen oder den bestehenden Strafbestimmungen nach seinem Ermessen bestimmte Gewerbe zu unterstellen. Eine solche weitgehende Kompetenz räume aber kein Gesetz dem Regierungsrathe ein. Es hege denn offenbar auch der Regierungsrath selbst an der Verfassungsmäßigkeit seiner Verordnung Zweifel, wie sich daraus ergebe, daß er dieselbe ausdrücklich „unter Vorbehalt des Erlasses eines Gesetzes" gebe.

B. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt der Regierungsrath des Kantons Baselstadt aus: Seit dem Bestehen des Kantons Baselstadt seien von jeher die Organe der Staatsverwaltung (Kleiner Rath, Regierungsrath) durch die gesetzgebende Gewalt ermächtigt gewesen, die nöthigen Bestimmungen zum Schutze der Sonntagsruhe zu erlassen. So durch ein Gesetz vom 7. April 1834, in dessen Ausführung der Kleine Rath am 18. Mai 1837 die allgemeine Polizeistrafverordnung für den Kanton Baselstadt, welche auch über die Sonntagsruhe eingehende Vorschriften enthalte, erlassen habe. Durch das Polizeistrafgesetz vom 23. September 1872 sei dann diese Verordnung aufgehoben, gleichzeitig aber den Verwaltungsorganen das Recht nach wie vor vorbehalten worden, im Gebiete des Polizeistrafrechtes und innert den Strafgrenzen des Polizeistrafgesetzes gewisse Handlungen als Uebertretungen unter Strafe zu stellen. Dies ergebe sich aus §§ 1 und 20 des fraglichen Gesetzes von welchen der erstere als Polizeiübertretungen auch die

durch eine gültig erlassene Verordnung unter Polizeistrafe gestellten Handlungen bezeichne und letzterer ausdrücklich erkläre, einerseits daß, wo das Gesetz auf Verordnungen verweise, sowohl die jetzt geltenden als die künftig zu erlassenden zu verstehen seien, andrerseits daß Verordnungen, auf welche dieses oder ein anderes Gesetz verweise, vom Kleinen Rathe zu erlassen seien. Danach verleihe denn § 48 des Polizeistrafgesetzes unzweifelhaft dem Kleinen Rathe die Ermächtigung, die ihm gutscheinenden Vorschriften zu einer würdigen Feier der Sonn- und Festtage zu erlassen; dies sei auch im Rathschlage zum Gesetze ausdrücklich hervorgehoben und damit begründet, daß dieses Gebiet wohl besser durch eine Verordnung geregelt werde. Gestützt auf diese gesetzliche Ermächtigung habe denn auch der Kleine Rath die Verordnung betreffend die Sonntagspolizei vom 18. Dezember 1872 erlassen, welche einer Reihe von Gewerben zum Schutze der Sonntagsruhe Beschränkungen auferlege und deren Rechtsgültigkeit bis jetzt von Niemandem angefochten worden sei. Diese Verordnung sei durchaus nicht, wie die Rekurrenten behaupten, ein vom verfassungsmäßigen Gesetzgeber erlassenes Gesetz. Bürgermeister und Rath, welche dieselbe erlassen haben, seien, wie ein Blick auf die damals gültige Kantonsverfassung von 1856 beweise, nicht Inhaber der dem Großen Rathe zustehenden gesetzgebenden Gewalt, sondern, wie jetzt der Regierungsrath, Organ der vollziehenden Gewalt gewesen. Die angefochtene Verordnung vom 29. November 1890 sei lediglich eine Ergänzung der Verordnung von 1872, welche auf der gleichen gesetzlichen Grundlage beruhe, wie diese. Der Regierungsrath habe dadurch nicht unter Umgehung des Gesetzes neue Strafbestimmungen eingeführt, sondern, in Ausübung der ihm ertheilten gesetzgeberischen Ermächtigung festgestellt, daß gewisse Handlungen unter die im Gesetze selbst enthaltenen Strafbestimmungen gegen Störung der Sonntagsruhe fallen; sie sei also eine Maßnahme zu Vollziehung der bestehenden Gesetzgebung. Einen verfassungswidrigen Eingriff in die Rechte des Gesetzgebers enthalte sie nicht. Ebenso verletze sie, da sie alle Genossen des gleichen Gewerbes betreffe, die Gleichheit vor dem Gesetze nicht und enthalte auch keine irgend nennenswerthe materielle Schädigung einzelner Berufsgenossen. Daß auch die mit einzelnen

Rasirstuben verbundenen, übrigens unbedeutenden, Verkaufsmagazine müssen geschlossen werden, sei im Interesse der Kontrolle über die Einhaltung des Verbotes der Berufsausübung absolut nothwendig. Andere Industrien und Gewerbe müssen sich noch empfindlichere Beschränkungen im Interesse des Schutzes der Sonntagsruhe gefallen lassen. Der Vorbehalt des Erlasses eines umfassenden Sonntagsgesetzes entspringe nicht irgend welchen Zweifeln an der Legalität der neuen Verordnung, sondern der Erwägung, daß es angemessen sei, diesen, vielfache Interessen berührenden, Gegenstandnicht ohne Beiziehung der Volksvertretung umfassend zu ordnen. Der Rekurs sei somit unbegründet. Sollte übrigens auch die angefochtene Verordnung die Kompetenzen des Regierungsrathes überschreiten, so wäre es doch nicht Sache des Bundesgerichtes, sondern der kantonalen gesetzgebenden Behörde, den vorliegenden Rekurs zu beurtheilen. Denn bei demselben handle es sich nicht um verfassungsmäßig gewährleistete Rechte der einzelnen Bürger, sondern um Verfassungsbestimmungen organisatorischer Natur, welche die Kompetenzen der gesetzgebenden und administrativen Behörden ordnen. Der Entscheid darüber aber, ob der Regierungsrath über die Grenzen der ihm vom Gesetzgeber selbst eingeräumten Befugniß zum Erlasse von Verordnungen hinausgegangen sei, müsse den kantonalen gesetzgebenden Behörden zustehen. Demnach werde beantragt: Es sei auf den Rekurs nicht einzutreten, eventuell sei derselbe als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde unzweifelhaft kompetent und es sind die Rekurrenten zum Rekurse legitimirt. Denn nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes (siehe z. B. Entscheidung in Sachen Kunz, Amtliche Sammlung XIV, S. 222 u. f. Erwägung 2) hat jeder Bürger ein verfassungsmäßiges Recht darauf, daß Erlasse, welche seine Rechtsstellung berühren, nur in verfassungsmäßiger Weise aufgestellt werden und ist daher berechtigt, sich beim Bundesgerichte zu beschweren, wenn ein derartiger Erlaß unter Verletzung der verfassungsmäßigen Kompetenzbestimmnngen eingeführt wird. Fraglich hätte nur sein können, ob die Rekurrenten mit ihrer Beschwerde nicht vorerst an den Großen Rath des Kantons Baselstadt zu

verweisen seien. Allein ein dahinzielender Parteiantrag ist nicht gestellt worden und eine Rückweisung von Amteswegen erscheint nicht als erforderlich.

2. In der Sache selbst begründen die Rekurrenten ihre Beschwerde einzig auf die formelle Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Verordnung. Wenn sie beiläufig bemerken, ein Verbot der Sonntagsarbeit, welches auf den Coiffeurberuf sich beschränke, müsse von den Betroffenen als eine Ungleichheit und Ungerechtigkeit empfunden werden, so leiten sie hieraus doch einen Rekursgrund nicht her; sie behaupten nicht, daß in dem Verbote eine Verletzung des verfassungsmäßigen Prinzips der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze liege. Es braucht also dies nicht weiter untersucht zu werden. Uebrigens dürfte eine sachbezügliche Beschwerde wohl ohne weiters als unbegründet sich darstellen.

3. Das angefochtene Verbot enthält unzweifelhaft einen unmittelbar die Rechtsstellung der einzelnen Bürger betreffenden Rechtssatz, nicht eine bloße Verwaltungsvorschrift (vergleiche Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung XII, S. 563). Fragt sich, ob der Regierungsrath des Kantons Baselstadt zu dessen Erlaß kompetent gewesen sei, so ist zu bemerken: Nach §§ 29 und 39 b der Verfassung des Kantons Baselstadt vom 2. Dezember 1889 steht die Gesetzgebung, unter Vorbehalt der dem Volke vorbehaltenen Rechte dem Großen Rathe zu. Der Regierungsrath ist gemäß § 42 ibidem „mit der Vollziehung und Handhabung der Gesetze sowie mit der Staatsverwaltung beauftragt und erläßt die hiezu erforderlichen Verordnungen und Beschlüsse" (welche jedoch niemals mit den bestehenden Gesetzen in Widerspruch stehen dürfen). Der Regierungsrath ist also unter anderm ermächtigt und beauftragt, die zu Vollziehung und Handhabung der Gesetze erforderlichen Verordnungen zu erlassen. Darunter fallen, wie die Rekurrenten selbst nicht bestreiten, auch Verordnungen gesetzgeberischen Inhalts (Rechtsverordnungen), zu deren Erlaß der Regierungsrath durch ein bestehendes Gesetz besonders ermächtigt und beauftragt wird. Nun stellt § 48 des baslerischen Polizeistrafgesetzes Widerhandlungen gegen die „durch Verordnung oder polizeiliche Vorschrift" in Bezug auf die Störung des Gottesdienstes oder der Feier von Sonn- und Festtagen

festgesetzten Bestimmungen unter Strafe und § 20 des nämlichen Gesetzes bestimmt, daß Verordnungen, auf welche dieses oder ein anderes Gesetz verweisen, vom Kleinen Rathe erlassen werden. Danach erscheint als zweifellos, daß der Kleine Rath respektive der an seine Stelle getretene Regierungsrath gesetzlich ermächtigt und beauftragt ist, das in § 48 des Polizeistrafgesetzes enthaltene gesetzgeberische Blankett auszufüllen, d. h. im Verordnungswege diejenigen Handlungen zu bestimmen und zu verbieten, welche als Störungen des Gottesdienstes oder der Sonn- und Festtagsfeier unter die Strafsanktion des Gesetzes fallen. In diesem Sinne ist denn auch bisher im Kanton Baselstadt thatsächlich verfahren worden. Wenn nämlich die Rekurrenten behaupten, die geltende Sonntagspolizeiverordnung vom 18. Dezember 1872 sei, trotz ihrer Bezeichnung als Verordnung, doch ein vom Gesetzgeber ausgehender Erlaß, so ist dies offenbar unrichtig. Bürgermeister und Rath, welche diese Verordnung erlassen haben, waren, wie aus §§ 16 und 30 der baslerischen Kantonsverfassung vom 8./28. Februar 1858 klar hervorgeht, nicht gesetzgebende sondern vollziehende Staatsbehörde, in gleicher Weise, wie nunmehr der Regierungsrath dies ist. Durch Aufstellung der angefochtenen, eine Ergänzung der Sonntagspolizeiverordnung vom 18. Dezember 1872 bildenden Verordnung hat somit der Regierungsrath die Schranken seiner verfassungsmäßigen Kompetenz nicht überschritten, sondern lediglich von einer ihm ertheilten gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

2. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à d'autres droits garantis.

10. Urtheil vom 24. Januar 1891 in Sachen Weitnauer.

A. Emanuel Weitnauer, Handelsgärtner, von Basel, ist Eigenthümer der Liegenschaft Nr. 109 Allschwylerstraße (Sektion II Parzelle 525 des Grundbuches) in Basel, auf welcher er die Gärtnerei betreibt. Im Jahre 1889 suchte er um die Baubewilligung für Erstellung eines Packschopfes auf dem hintern Theile seiner Liegenschaft nach. Sowohl das Baudepartement des Kantons Baselstadt als der Regierungsrath dieses Kantons verweigerten durch Schlußnahmen vom 15. Oktober und 8. November 1889 die Bewilligung so wie sie nachgesucht war, weil die Baute auf das Gebiet der, durch Regierungsbeschluß vom 29. Juni 1881 festgesetzten, Straßen- und Baulinie der Sennheimerstraße zu stehen käme. Weitnauer rekurrirte hiegegen an den Großen Rath des Kantons Baselstadt, wobei er eventuell für den Fall der Abweisung des Baugesuches Einleitung des Expropriationsverfahrens verlangte. Der Große Rath ging gemäß Beschluß vom 3. März 1890 über die Beschwerde zur Tagesordnung über.

B. Mit Eingabe vom 2. Mai 1890 beschwerte sich nunmehr E. Weitnauer beim Bundesgerichte, indem er die Anträge stellt:

Es sei der Beschluß des Großen Rathes des Kantons Baselstadt vom 3. März 1890, welcher, in Bestätigung des Beschlusses des Regierungsrathes dieses Kantons vom 8. November 1889, die vom Beschwerdeführer nachgesuchte Baubewilligung für einen Packschopf auf seiner Liegenschaft verweigert und sein eventuelles Expropriationsgesuch zur Zeit abweist, als mit § 6 der Verfassung von Baselstadt in Widerspruch stehend aufzuheben und entweder: 1. Dem Rekurrenten zu gestatten, den fraglichen Packschopf, ohne Berücksichtigung der Straßen- und Baulinien der Sennheimerstraße, nach dem der Baupolizei von Baselstadt ein-

gereichten Plane an dem von ihm vorgesehenen Orte zu erstellen, oder eventuell 2. das gesetzliche Expropriationsverfahren für anwendbar zu erklären.

Zur Begründung werden im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte geltend gemacht: Die baselstädtische Kantonsverfassung (§ 6 der Verfassung vom 10. Mai 1875, wörtlich gleichlautend mit § 5 der Verfassung von 1889/1890) schütze das Eigenthum in dreifacher Richtung: 1. Dürfe keine Zwangsenteignung stattfinden, außer wenn der allgemeine Nutzen es erfordern sollte; 2. dürfe die Enteignung nicht willkürlich vor sich gehen, sondern sei sie an gesetzliche Bestimmungen gebunden; 3. sei für eine solche Enteignuug nach Maßgabe des Gesetzes gerechte Entschädigung zu leisten. Es handle sich nun in casu um eine Enteignung respektive eine Verletzung des Eigenthums. Der Rekurrent habe sein Grundstück seiner Zeit „frei und ledig aller Lasten und Beladenschaften" erworben; gemäß der angefochtenen Schlußnahme werde ihm, mit Rücksicht auf eine dereinst vielleicht auszuführende staatliche Straßenbaute, die freie Verfügung über einen ansehnlichen Theil seines Grundstückes entzogen, der Staat reservire sich zum voraus diesen Theil des Grundstückes für die Ausführung seines Straßenprojektes; er beanspruche also schon jetzt einen Theil der Liegenschaft zu seinem Zwecke. In erster Linie sei nun zu bestreiten, daß überhaupt der allgemeine Nutzen es erfordert habe, die in Frage stehende Straßenlinie anzulegen, wie überhaupt im allgemeinen der öffentliche Nutzen keineswegs das von den baslerischen Behörden praktizirte theoretische Kreiren zukünftiger Straßenlinien im großen Style auf viele Jahre hinaus zu rechtfertigen vermöge. Allein wenn auch das verfassungsmäßig für die Enteignung geforderte Requisit des öffentlichen Nutzens hier gegeben wäre, so wäre die stattgefundene theilweise Enteignung doch eine willkürliche und daher verfassungswidrige. Denn sie beruhe auf einem bloßen Administrativerlasse, welcher der gesetzlichen Grundlage entbehre. Der Regierungsrath des Kantons Baselstadt habe gar kein Recht gehabt, von sich aus die in Rede stehende Baulinie festzusetzen, wie er dies durch seinen Beschluß vom 29. Juni 1881 gethan habe. Allerdings ermächtige § 1 des Gesetzes vom 29. August 1859 über Anlage und Korrektion von

Straßen und über das Bauen an denselben den Kleinen Rath (nunmehr Regierungsrath) Straßen- und Baulinien vorzuschreiben, allein er füge ausdrücklich bei „immerhin unter Beachtung des Gesetzes vom 27. Juni 1859 über Erweiterung der Stadt." Dieses letztere Gesetz nun, welchem ein detaillirter Stadterweiterungsplan zu Grunde gelegen habe, beziehe sich nur auf den in diesem Plane vorgesehenen „erweiterten Stadtrayon" (innerhalb der Ringwege) nicht auf den Stadtbann außerhalb der Ringwege. Danach betreffe auch die dem Kleinen Rathe durch § 1 des Gesetzes vom 29. August 1859 gegebene Ermächtigung nur das Gebiet des erweiterten Stadtrayons, nicht den sonstigen Stadtbann. Das Grundstück des Rekurrenten aber liege außerhalb des erweiterten Statrayons. Im weitern sei eine theilweise Enteignung, wie sie hier stattgefunden, nur in gesetzlicher Weise, d. h. gegen Entschädigung durch Einleitung des Expropriationsverfahrens gemäß dem Gesetze vom 15. Juni 1837 statthaft. Auch hiegegen sei im vorliegenden Falle verstoßen worden. Die kantonalen Behörden berufen sich darauf, daß nach feststehender Praxis allfällige Entschädigungsansprüche, welche den Liegenschaftsbesitzern durch die Feststellung der Baulinien erwachsen, erst bei Ausführung der projektirten Straßen zu erledigen seien und der Rekurrent kein Recht auf eine antizipirte Expropriation besitze. Es solle nun die Existenz einer feststehenden Praxis in dem behaupteten Sinne nicht bestritten werden, wie ja überhaupt noch manche andere inveterata desuetudo in der baslerischen Ambinistration, zumal der Bauverwaltung, vorkomme. Indessen eine derartige, im höchsten Grade unbillige Praxis, bei welcher es in der Hand des Staates liege, zuzuwarten, bis es ihm beliebe, den thatsächlich längst belasteten Eigenthümer zu expropriiren, oder aber auch, wenn er den projektirten Straßenbau wieder aufgebe nicht zu expropriiren, könne gesetzlich und verfassungsmäßig nicht zu Recht bestehen. Ein Eingriff der Staatsgewalt in das Privateigenthum dürfe nur unter genauester Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften erfolgen. Das Expropriationsgesetz vom 15. Juli 1837 (§§ 1 und 10) schreibe aber bestimmt vor, daß jeder Art von Abtretung ein Regierungsbeschluß über Anordnung des Expropriationsverfahrens vorangehen müsse und die Besitznahme einer

Liegenschaft erst nach Leistung der Entschädigung statthaft sei. Danach erlange ein selbst in gesetzlicher Form gefaßter Beschluß betreffend Festsetzung einer Straßen- und Baulinie erst dann verbindliche Kraft, wenn das von ihm betroffene Areal in gesetzlich vorgeschriebener Weise dem Expropriationsverfahren unterworfen und die Entschädigung ausgemittelt und thatsächlich geleistet sei.

C. Der Regierungsrath des Kantons Baselstadt beantragt Abweisung der Beschwerde, indem er im Wesentlichen ausführt: Das vom Rekurrenten angerufene Expropriationsgesetz vom 15. Juli 1837 finde auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung da es sich nur auf Abtretung des vollen Eigenthums an Liegenschaften, nicht auf die bloße Auferlegung von Eigenthumsbeschränkungen beziehe. Die Auflegung einer Eigenthumsbeschränkung könne daher jedenfalls nicht deßwegen als eine willkürliche Eigenthumsverletzung bezeichnet werden, weil sie nicht nach Maßgabe des Expropriationsgesetzes stattgefunden habe; dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn sie an sich willkürlich wäre und sich auf keine Gesetzesvorschrift zu stützen vermöchte. Dies treffe hier nicht zu. Der Rekurrent erkenne selbst an, daß die Regierung in Anwendung des Gesetzes vom 27. Juni und 29. August 1859 berechtigt sei, Straßen- und Baulinien zu ziehen, behaupte aber, dieses Recht beziehe sich nur auf den innert der erweiterten Stadtabgrenzung gelegenen Theil des Stadtbannes. Letzteres sei aber, wie der Wortlaut der Gesetze und die Motive zu demselben ergeben, völlig unrichtig. Die einzige Beschränkung, welcher die Baugesetze von 1859 die Kompetenz des Regierungsrathes unterwerfen, finde sich in § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 29. August 1859, wonach „Straßen- und Baulinien, welche die Straßen, Gassen und Plätze in der Stadt innerhalb der bisherigen Rondenwegen betreffen, dem Großen Rathe zur Genehmigung vorzulegen seien." Der Regierungsrath habe denn auch von dem Rechte, Straßenlinien außerhalb des alten Stadtrayons vom Jahre 1859 festzusetzen, vielfach Gebrauch gemacht, ohne daß hiegegen jemals vom Großen Rathe, der davon durch die Geschäftsberichte Kenntniß erhalten habe, wäre Einsprache erhoben worden. Demnach handle es sich hier nicht um eine der gesetzlichen Grundlage entbehrende, sondern um eine in Anwendung eines

Gesetzes erlassene Administrativverfügung; die in der Festsetzung von Straßen- und Baulinien enthaltene Baubeschränkung sei im Interesse einer rationellen baulichen Entwickelung städtischer Gemeinwesen nothwendig und auch rechtlich zulässig. Der Inhalt des Eigenthums werde durch das objektive Recht normirt und könne durch dasselbe beschränkt werden, ohne daß daraus dem Eigenthümer ein Entschädigungsanspruch erwachse. Zu den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen gehöre auch das partielle Bauverbot als Folge der Bezeichnung von Straßen- und Baulinien. In demselben liege weder eine totale noch partielle Enteignung eines Privatrechtes. Der Staat verlange weder Abtretung des Eigenthums, noch lege er demselben eine dingliche Last auf. Es handle sich hier nicht um eine Besitznahme des Terrains durch den Staat, denn er nehme die Benutzung desselben in keiner Weise in Anspruch, sondern es werde lediglich eine auf allgemein verbindlicher Gesetzesvorschrift beruhende Eigenthumsbeschränkung zur Anwendung gebracht. Das Bundesgericht habe die Berechtigung des Staates dazu, solche gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, ohne Entschädigung aufzuerlegen, schon wiederholt anerkannt. Der Rekurrent erkenne denn auch selbst an, daß nach feststehender Praxis bisher stets erst bei Ausführung von Straßenbauten und wirklicher Inanspruchnahme des Terrains zur Enteignung geschritten worden sei, bezeichne diese Praxis aber als inveterata desuetudo. In Wahrheit stehe aber dieselbe durchaus auf gesetzlichem Boden. Das Gesetz betreffend Anlage von Straßen vom 29. August 1859 gehe durchaus nicht von der Ansicht aus, daß Festsetzung der Baulinien und Ausführung der Straßen gleichzeitig von sich gehen müsse oder daß doch schon im ersten Momente das zukünftige Straßenareal expropriirt werden müsse. Es unterscheide vielmehr zwischen der Festsetzung der Straßen- und Baulinien und deren Folgen einerseits (wovon es in § 1, 2, 4, 5 handle) und der wirklichen Anlage der Straßen andrerseits, welche in den §§ 7 und 8 behandelt werde und bezeichne in § 5 noch ausdrücklich diese beiden Momente als zeitlich auseinanderliegend. Nur im Hinblick auf die Ausführung der Straßenlinien spreche das Gesetz von eintretender Entschädigung, während bei der Bezeichnung der Straßen- und Baulinien zwar die Folgen, welche

dadurch für die betreffenden Eigenthümer erwachsen, deutlich und ausführlich bestimmt werden, von Entschädigung und Expropriation derselben aber nicht die Rede sei. Uebrigens entziehe sich die Frage, ob die betreffenden kantonalen Gesetze richtig ausgelegt und angewendet worden seien, der Kognition des Bundesgerichtes, welches nur zu prüfen habe, ob die bestehende Anwendung derselben gegen Art. 6 K.-V. verstoße.

D. In seiner Replik behauptet der Rekurrent zunächst, es sei, der kantonalen Geschäftsordnung zuwider, unterlassen worden, die Vernehmlassungsschrift des Regierungsrathes vor ihrer Abfertigung an das Bundesgericht dem Regierungsrathe selbst zur Genehmigung vorzulegen; dies ergebe sich aus dem im öffentlichen Bulletin über die Regierungsrathsverhandlungen enthaltenen Datum im Vergleiche mit dem Datum des Einlaufes der Antwortschrift beim Bundesgerichte. Er beantragte daher, es sei die Vorlage und Genehmigung der an das Bundesgericht gesandten Prozeßschriften in aller Form nachträglich nachzuholen. Im Uebrigen hält der Rekurrent in eingehender Erörterung und unter Bekämpfung der gegnerischen Anbringen an den Ausführungen seiner Rekursschrift fest. Er macht insbesondere noch geltend: Das Gesetz vom 29. August 1859 enthalte den von der Regierung des Kantons Baselstadt darin gefundenen Satz, daß der Staat, wenn die Festsetzung von Straßenlinien die Abtretung von Privatrechten fordere, nichtsdestoweniger nicht sofort, sondern erst bei wirklicher Ausführung der Straßen zur Expropriation zu schreiten habe, nicht; ein so anormaler Satz müßte ausdrücklich ausgesprochen sein, was nicht der Fall sei. Wäre dieser Satz aber auch in dem Gesetze von 1859 ausgesprochen, so wäre er dnrch die Verfassungen von 1875/1889 aufgehoben, weil mit der verfassungsmäßigen Eigenthumsgarantie unvereinbar. Mit der Sicherheit des Grundeigenthums sei es völlig unvereinbar, daß der Regierungsrath nach seinem Belieben Straßen- und Baulinien mit all' ihren störenden Belastungen und Beschränkungen des Grundeigenthums halbe und ganze Jahrzehnte zum voraus ziehe und sich dabei sogar das Recht vorbehalte, die Straßenlinien nach seinem Belieben gar nicht oder anders als publizirt auszuführen, ohne die betreffenden Privaten dafür irgend zu entschädigen. Im

vorliegenden Falle gerade sei der dem Rekurrenten durch die Baubehinderung für seinen Geschäftsbetrieb entstandene Nachtheil ein sehr großer.

E. Der Regierungsrath des Kantons Baselstadt bemerkt in seiner Duplik, die formelle Einwendung des Rekurrenten rücksichtlich der Genehmigung der Vernehmlassungsschrift durch den Regierungsrath beruhe auf einem Irrthum; in Wirklichkeit sei diese Schrift vom Regierungsrathe in seiner Sitzung vom 2. Juli 1890 genehmigt und es sei nur in den von der Kanzlei den öffentlichen Blättern zugestellten Auszügen aus den Regierungsrathsverhandlungen die Erledigung des Geschäftes erst nachträglich, unter dem Datum vom 5. Juli, publizirt worden. Im Uebrigen hält der Regierungsrath in allen Theilen an den Ausführungen seiner Vernehmlassungsschrift fest, indem er noch bemerkt: Der Rekurrent habe nie das Begehren gestellt, eine provisorische Baute errichten zu dürfen, zu deren unentgeltlicher Beseitigung bei Ausführung der Sennheimerstraße er sich verpflichten würde. Sein Schaden sei ein unerheblicher und werde durch den Nutzen welchen er aus der Werthsteigerung seines Kulturlandes durch die Festsetzung der Sennheimerstraße ziehe, hundertfach aufgewogen, auch wenn die Ausführung der (zu einem Theile zudem bereits erstellten) Straße noch um einige Zeit verschoben werde. Es bleibe übrigens dem Rekurrenten unbenommen, die Straße schon jetzt in seinen Kosten auf die Länge seiner Façade zu erstellen und die Verrechnung von Nutzen und Schaden auf den Zeitpunkt der Uebernahme der Straße durch den Staat vorzubehalten. Eine Ausführungsfrist kenne die baslerische Gesetzgebung nicht. Einer Veröffentlichung im Kantonsblatte habe der Beschluß betreffend Feststellung der Straßenlinien nicht bedurft, da ein solcher, nur einzelne Grundeigenthümer betreffender, Beschluß kein wichtiger, allgemein verbindlicher im Sinne des Gesetzes sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die vom Rekurrenten in seiner Replik erhobene formelle Einwendung, daß die Vernehmlassungsschrift vom Regierungsrathe des Kantons Baselstadt nicht sei genehmigt worden, fällt, angesichts der vom Regierungsrathe in seiner Duplik gegebenen Aufklärung, ohne weiters dahin.

2. Wenn sodann der Rekurrent zunächst behauptet, es liege hier ein willkürlicher Eingriff in das Eigenthum deßhalb vor, weil der Regierungsrath überhaupt der gesetzlichen Befugniß ermangle, Straßen- und Baulinien für Grundstücke außerhalb des Stadtrayons festzusetzen, so ist diese Behauptung offenbar unbegründet. Das Gesetz über Anlage und Korrektion von Straßen und über das Bauen an denselben, welches in seinem § 1 dem Regierungsrathe die Ermächtigung zu Feststellung von Straßen- und Baulinien ertheilt, bezieht sich, wie sein ganzer Inhalt und sein Ingreß (v. v. „in der Absicht, den Straßen .... in unserm Kanton eine angemessene Richtung und Breite zu sichern und zu verhüten, daß durch Errichtung von Gebäuden diesem Zwecke entgegengehandet werde....) unzweifelhaft ergeben, nicht nur auf den erweiterten „Stadtrayon" sondern auf das ganze Kantonsgebiet; einzig für die Feststellung der Straßen- und Baulinien in der alten Stadt ist die Genehmigung des Großen Rathes vorbehalten. Wenn in § 1 Abs. 1 auf das Stadterweiterungsgesetz vom 27. Juni 1859 verwiesen wird, so hat dies durchaus nicht die Bedeutung, die dem Regierungsrathe ertheilte Ermächtigung auf das durch letzteres Gesetz betroffene Gebiet des erweiterten Stadtrayons zu beschränken, sondern besagt nur, daß bei Feststellung der Straßenlinien in diesem Gebiete der Regierungsrath, nach Maßgabe der Bestimmungen des Stadterweiterungsgesetzes im allgemeinen an den Stadterweiterungsplan sich zu halten habe.

3. Hievon ausgegangen kann hier von einer Verletzung der verfassungsmäßigen Eigenthumsgarantie nicht gesprochen werden. Das Bundesgericht hat schon häufig ausgesprochen, daß der Inhalt des Eigenthums durch das jeweilen geltende objektive Recht normirt werde und in der Einführung gesetzlicher Eigenthumsbeschränkungen eine Verletzung der verfassungsmäßigen Gewährleistung der Unverletzlichkeit des Eigenthums nicht liege; es hat in wiederholten Entscheidungen insbesondere auch anerkannt, daß Beschränkungen der Baufreiheit zufolge der Aufstellung von Straßen- und Baulinien ohne vorgängige Expropriation der betroffenen Eigenthümer eingeführt werden können, sofern diese Beschränkungen auf Gesetz beziehungsweise gesetzlicher Ermächtigung beruhen und es sich also um gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen,

nicht um Entzug eines Eigenthumsbestandtheiles durch Verwaltungsakt handelt. Im vorliegenden Falle nun ist gegen den Rekurrenten lediglich eine öffentlich-rechtliche gesetzliche Eigenthumsbeschränkung geltend gemacht worden. In der That kann ja einem Zweifel nicht unterliegen, daß das baselstädtische Gesetz vom 29. August 1859 die Grundeigenthümer verpflichtet, bei ihren Bauten die vom Regierungsrathe aufgestellten Straßen- und Baulinien zu beachten und hier also eine durch das Gesetz und nicht eine durch Verwaltungsakt den Anliegern gegenwärtiger oder zukünftiger öffentlicher Straßen auferlegte Baubeschränkung vorliegt. Daß bei zeitlichem Auseinanderfallen der Feststellung der Straßenlinien und des Beginns des Straßenbaues schon im erstern Momente zur Enteignung geschritten werden müsse, spricht das Gesetz nicht aus, vielmehr dürfte aus seiner ganzen Haltung sich die gegentheilige Willensmeinung des Gesetzgebers ergeben. Uebrigens handelt es sich hiebei, da das Gesetz, mag ihm nun der eine oder andere Sinn beigelegt werden, jedenfalls mit der Verfassung nicht im Widerspruche steht, um eine bloße der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Frage der Auslegung des kantonalen Gesetzesrechtes.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

11. Urtheil vom 14. Februar 1891 in Sachen Kohler.

A. Die Tochter des Rekurrenten, Rosina Kohler in Roggwyl, Kantons Bern, hatte im Jahre 1890 als burgerliche Nutzung aus dem, auf aargauischem Territorium gelegenen Walde der bernischen Burgergemeinde Roggwyl gemeinsam mit einem J. Schneider ein doppeltes Holzloos zugewiesen erhalten; sie verkaufte ihren Antheil, vorbehältlich des Abholzes und unter der Bedingung, daß das Holz vom Verkäufer gehörig zu fällen sei, an Ferdinand Glur, welcher denselben in gleicher Weise weiter an den

Rekursbeklagten A. Künzli-Jakob, Fabrikanten, in Murgenthal verkaufte. Dieser erwarb auch den Antheil des J. Schneider, welcher denselben, ebenfalls unter dem Vorbehalte des Abholzes, zunächst an den Zimmermeister Wanner abgetreten hatte. Im April 1890 fällte der Rekurrent, im Auftrage seiner Tochter, die beiden Tannen; dabei nahm er als „Abholz" in Besitz: den Gipfel, den Wurzelstock, den sog. Sohn (verkrüppelten Zwillingsbruder der Tanne) und die Rinde. Die Leute des Rekursbeklagten wollten ihn davon abhalten, den sog. Sohn und die Rinde in Besitz zu nehmen, da diese Theile nicht zum Abholz gehören; der Rekurrent beharrte indeß darauf, dieselben gehören zum Abholz. Hierauf reichte der Rekursbeklagte gegen den Rekurrenten beim Bezirksamte Zofingen eine Strafanzeige wegen Diebstahls ein. Das Bezirksgericht Zofingen erkannte auch wirklich am 18. Juni 1890: 1. Jakob Kohler werde für den begangenen Diebstahl zu einer Gefangenschaft von drei Tagen verurtheilt. 2. Derselbe habe an den Anzeiger 6 Fr. Ersatz zu leisten und die diesfalls entstandenen Gerichts- und Gefangenschaftskosten, worunter eine Spruchgebühr von 12 Fr., mit 25 Fr. 10 Cts. an die dasige Gerichtskasse zu bezahlen. — Durch Entscheidung vom 20. September 1890 erkannte das Obergericht des Kantons Aargau, die in Dispositiv 1 des untergerichtlichen Urtheils dem Jakob Kohler auferlegte Gefängnißstrafe werde gestrichen und Kohler für sein Vergehen mit einer Geldbuße von 20 Fr., im Falle der Uneinbringlichkeit mit fünf Tagen Gefängniß belegt; im Uebrigen bestätigte es das erstinstanzliche Urtheil, indem es den Rekurrenten überdem verurtheilte, dem Anzeiger die Kosten seiner Rekurseinrede mit 47 Fr. 60 Cts. zu ersetzen. In der Begründung des obergerichtlichen Urtheils wird wesentlich ausgeführt: Als „Abholz" gelten nach forstwirthschaftlichen Begriffen und übungsgemäß nur der Wurzelstock, der Gipfel und die Aeste einer Tanne, nicht dagegen ein sog. Sohn oder die Rinde. Da etwas gegentheiliges nicht vereinbart worden sei, so müsse dies auch im vorliegenden Falle gelten. Der sog. Sohn sei ein besonderes, wenn auch nicht selbständiges, weil mit der Tanne organisch verbundenes Pflanzenindividuum von beträchlicher Größe, — er habe einen Ster Spältenholz ergeben — gewesen; schon

dies habe dem Rekurrenten die Ueberzeugung verschaffen müssen, daß der Sohn nicht zum Abholz gehöre und die Behändigung desselben widerrechtlich sei. Ebenso sei, wie das Gutachten des einvernommenen Sachverständigen ergebe, die Rinde, wenn die Tanne vor der Entrindung verkauft werde Bestandtheil der Tanne und daher nicht Abholz. „Sohn" und Rinde seien also ipso jure mit der Tanne an den Käufer veräußert worden und in das Eigenthum desselben übergegangen. Nach dem durch den Rekurrenten besorgten Fällen der Tanne sei für dieselbe die Qualifikation des § 123 des Forstgesetzes eingetreten. Da dem Rekurrenten bei Behändigung des „Sohnes" und der Rinde entschieden das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit sich habe aufdrängen müssen und zwar um so mehr, als er noch gewarnt worden sei, da auch eine spätere Reklamation bei ihm kein Gehör gefunden habe, so habe er einen Forstdiebstahl im Sinne des citirten Gesetzes begangen. Innehabung der entwendeten Forstprodukte durch den Käufer sei bei diesem Delikte nicht erforderlich, wie beim kriminellen und korrektionellen Diebstahl; dasselbe sei gleichsam ein delictum sui generis. Mit dieser Betrachtung sei die Annahme, es liege ein blos civilrechtlicher Anspruch vor, ausgeschlossen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff J. Kohler den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er führt aus: Von einem Diebstahl könne in casu absolut nicht die Rede sein, weil die verkauften Tannen sich noch gar nicht im Eigenthum und in der Innehabung des Käufers befunden haben, dieser vielmehr Eigenthum nur durch Tradition habe erwerben können. Es könne sich also nur darum handeln, ob der Kaufvertrag gehörig erfüllt worden sei. Das aargauische Recht enthalte nun keine Norm, welche die nicht gehörige Erfüllung eines Kaufvertrages um eine Tanne respektive das Zurückbehalten der Rinde von Seite des Verkäufers mit Strafe bedrohe. Das vom Obergericht konstruirte delictum sui generis sei in That und Wahrheit dem aargauischen Rechte fremd. § 123 des Forstgesetzes statuire keinen vom gewöhnlichen Diebstahlsbegriffe verschiedenen, vom Begriffe des Besitzes gänzlich losgelösten, Thatbestand des Forstdiebstahls, wie das Obergericht dies annehme. Das angefochtene Urtheil stelle deßhalb dem § 19 K.-V. zuwider einen gesetzlich nicht mit

Strafe bedrohten Fall wegen vermeintlicher Analogie des Thatbestandes mit dem Forstdiebstahl des § 123 unter Strafe. Ferner involvire das von den aargauischen Gerichten beobachtete Verfahren eine Rechtsverweigerung, weil die Gerichte vom Rekursbeklagten produzirte schriftliche Privatzeugnisse zu dessen Gunsten berücksichtigt, dagegen solche, welche der Rekurrent eingelegt habe, ohne weiters als unrichtig bezeichnet und die Unterzeichner nicht, wie dies hätte geschehen sollen, als Zeugen gerichtlich einvernommen haben, obschon deren Aussagen z. B. darüber, ob nach Roggwyler Gewohnheit die Rinde zum Abholz gehöre u. s. w., erheblich gewesen wären. Endlich liege auch eine Verletzung des Art. 59 Abs. 1 B.-V. vor. Es habe sich um eine rein civilrechtliche Frage, um die Erfüllung eines Kaufvertrages gehandelt, auf welche der Rekurrent vor seinem natürlichen Richter im Kanton Bern habe belangt werden müssen. Demnach werde beantragt: Das Urtheil des aargauischen Obergerichtes vom 20. September 1890 sei aufzuheben und der vorliegende Rekurs begründet zu erklären, unter solidarischer Auferlegung der Kosten an die Rekursiten.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde trägt der Rekursbeklagte A. Künzli-Jakob auf Abweisung derselben unter Kostenfolge an, wesentlich bemerkend: Die Behauptung des Rekurrenten, das angefochtene Urtheil verletze den in § 19 K.-V. niedergelegten Grundsatz nulla pœna sine lege, entbehre jeder Begründung. Der Rekurrent werde auf Grund eines noch in Kraft bestehenden Gesetzes, des § 123 des aargauischen Forstgesetzes, also einer geltenden lex bestraft. Ob dieses Gesetz vom kantonalen Richter richtig sei angewendet worden, entziehe sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Uebrigens sei dies, wie des nähern ausgeführt wird, zu bejahen. Der Rekurrent habe sich in der That im Walde lagerndes Holz, das ihm nicht gehört habe, widerrechtlich angeeignet. Ebenso unbegründet sei der Vorwurf, daß das Gericht das gesetzliche Verfahren nicht beobachtet habe. Im Strafprozesse gelte der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Wenn der Richter von der Wahrheit einer Thatsache überzeugt sei, so brauche er darüber keine Zeugen mehr einzuvernehmen. Die Beschwerde sei eine muthwillige.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Insoweit der Rekurs eine Verletzung des Art. 59, Abs. 1 B.-V. behauptet, ist derselbe unbegründet, da nach konstanter bundesrechtlicher Praxis Art. 59, Abs. 1 cit. nicht ausschließt, daß Civilansprüche aus einer strafbaren Handlung im Adhäsionsverfahren am forum delicti commissi gegen den Thäter geltend gemacht werden. Ebenso ist die Beschwerde, daß durch Beschränkung des Entlastungsbeweises eine Rechtsverweigerung sei begangen worden, wohl nicht begründet.

2. Dagegen fällt in Betracht: Die angefochtene Entscheidung des aargauischen Obergerichtes erkennt selbst an, daß der Thatbestand eines Diebstahls im Sinne des allgemeinen Strafrechtes hier nicht gegeben sei; es liegt dies denn auch auf der Hand, da ja der Rekurrent nicht eine fremde bewegliche, in der Innehabung eines Andern befindliche Sache sich angeeignet, sondern vielmehr einfach die in seiner Innehabung befindlichen Holztheile dem Käufer nicht abgeliefert, sondern zurückbehalten hat. Dagegen stellt das obergerichtliche Urtheil darauf ab, § 123 des aargauischen Forstgesetzes statuire ein besonderes, in seinen Thatbestandsmerkmalen vom Diebstahle im Sinne des allgemeinen Strafrechts verschiedenes Delikt des „Forstdiebstahls", dessen Thatbestand hier zutreffe. Hiedurch wird dem Gesetze eine Bedeutung und Tragweite beigelegt, welche es offenbar nicht hat und nicht haben kann. § 123 cit. bestimmt die Entwendung von gefälltem oder aufgearbeitetem Holz werde als Diebstahl bestraft. Die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung springt sofort auf's unzweideutigste in die Augen, wenn man sie in ihrem Zusammenhange betrachtet; ste schließt sich an diejenigen Bestimmungen an, welche die Forstfrevel, die „Entwendungs- oder Beschädigungsfrevel" an stehendem Holze und sonstigen Forstprodukten betreffen. Während diese Frevel, auch insoweit bei ihnen die allgemeinen Begriffsmerkmale des Diebstahls an sich zutreffen würden, nicht als Diebstahl, sondern bei weitem milder, als besonderes Delikt (gewissermaßen als bloßer Verstoß gegen die Bestimmungen über die gemeine Nutzung des Waldes) bestraft werden, soll dies für Entwendungen d. h. eben Diebstähle an gefälltem und aufgearbeitetem Holz nicht gelten, sondern sollen diese nach den Regeln des Diebstahls be-

ſtraft werden. Davon daß § 123 einen beſondern Begriff des Forſtdiebſtahls ſtatuire, unter welchen auch Thatbeſtände der vorliegenden Art fielen, kann gar keine Rede ſein. Bei Zugrundelegung der Auffaſſung des obergerichtlichen Urtheils gelangt man denn auch in That und Wahrheit dazu, die bloße (böswillige) Nichterfüllung einer Vertragspflicht, ſofern dieſe auf Lieferung von Holz geht, als Diebſtahl zu behandeln und zu beſtrafen. Dies iſt aber doch ſprachlich und ſachlich offenbar vollſtändig unmöglich. Durch das angefochtene Urtheil wird demnach der Kreis des ſtrafbaren Unrechts in einer dem klaren Willen des Geſetzes widerſprechenden Weiſe erweitert, es wird in Folge willkürlicher, weder im Wortlaute noch im Zuſammenhange des Geſetzes begründeter Annahmen dieſem ein Sinn beigelegt, der ihm vollſtändig fremd iſt. Hierin aber iſt eine Verletzung der in § 19 K.-V. ausgeſprochenen Gewährleiſtung nulla pœna sine lege zu erblicken.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beſchwerde wird für begründet erklärt und es wird mithin das angefochtene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 20. September 1890 aufgehoben.

---

12. *Arrêt du 6 Mars 1891 dans la cause Favre et consorts.*

Sous date du 4 Avril 1882, le Conseil d'Etat de Fribourg a adressé aux receveurs de l'Etat une circulaire contenant entre autres le passage suivant « A l'occasion d'un cas spé» cial nous avons dû examiner si les fonctions de receveur » d'Etat étaient compatibles avec celles de conseiller com» munal et nous avons résolu cette question négativement. » Vous êtes, en effet, chargés de surveiller la perception de » l'impôt, or la perception étant confiée aux conseils com» munaux qui en sont responsables, le receveur faisant partie » d'un de ces conseils est à la fois surveillant et surveillé, » ce que nous ne saurions admettre. »

Le receveur Romain Deschenaux, à Romont, ayant été élu conseiller municipal de cette commune le 4 Mai 1890, treize citoyens de Romont, en s'appuyant sur la circulaire précitée, demandèrent, par recours du 6 dit, au Conseil d'Etat l'annulation de cette élection.

Par arrêté du 24 du même mois, le Conseil d'Etat a écarté le recours, par le motif que l'art. 71 de la loi communale du 26 Mai 1879, statue que tout citoyen membre des assemblées de commune est apte à exercer les charges et emplois communaux; or le receveur Deschenaux réalise cette condition, et est dès lors éligible aux fonctions de conseiller communal. Les recourants s'adressèrent alors au Grand Conseil, par mémoire du 21 Juillet 1890; ils déduisent la compétence de cette autorité de l'art. 10 de la constitution cantonale, garantissant le droit de pétition, et de l'art. 53, al. 3 *ibidem*, disposant que le Conseil d'Etat est tenu de rendre compte sur un objet particulier de son administration, chaque fois qu'il en est requis par le Grand Conseil: « Nous » vous demandons, disent entre autres les requérants, » d'interpeller le Conseil d'Etat au sujet de la contradiction » flagrante qui existe entre ces deux arrêtés, le premier du » 4 Avril 1882, le second du 24 Mai 1890. »

Les recourants concluent à ce que le Grand Conseil invite le Conseil d'Etat à se conformer à sa propre doctrine, et à retirer son dit arrêté du 24 Mai; ils estiment que le Conseil d'Etat avait vocation d'établir par son arrêté du 4 Avril 1882 l'incompatibilité dont il s'agit, ayant au nombre de ses attributions définies à l'art. 52 litt. *c* de la Constitution cantonale, celle de nommer et de révoquer les employés de l'Etat, et les receveurs étant nommés par lui seul, le Conseil d'Etat peut statuer sur les diverses conditions d'aptitude à l'exercice de ces emplois. C'est avec raison qu'il a introduit, par son arrêté précité, l'incompatibilité entre des fonctions dont l'exercice simultané ne saurait se concilier.

Le 11 Novembre 1890, le Grand Conseil a renvoyé le recours au Conseil d'Etat, pour préavis, et le 13 dit, les recourants ont protesté contre cette décision, attendu qu'il était

impossible d'espérer de cette dernière autorité un préavis opposé à son arrêt.

Par office du 20 dit, le Conseil d'Etat conclut à ce qu'il plaise au Grand Conseil écarter le recours pour cause d'incompétence, l'art. 43 de la loi communale disposant que les cas de nullité d'une opération électorale sont tranchés par le Conseil d'Etat, sans qu'il soit fait mention d'une seconde instance par le Grand Conseil. Au fond, le Conseil d'Etat estime que sa circulaire du 4 Avril 1882 ne pouvait abroger l'art. 71 précité de la loi communale.

Par décision du 22 Novembre 1890, communiquée aux recourants le 7 Décembre suivant, le Grand Conseil s'est déclaré incompétent pour statuer sur le recours.

Par écriture du 21 Janvier 1891, E. Favre et consorts recourent au Tribunal fédéral contre les décisions du Conseil d'Etat et du Grand Conseil susvisées, en invoquant les art. 4 de la Constitution fédérale et 9 de la Constitution fribourgeoise. Ils prétendent que la première de ces décisions constitue un acte arbitraire et un abus de pouvoir, et que la seconde implique un déni de justice. Ils demandent au Tribunal de céans de les annuler toutes deux, ainsi que l'élection du receveur Deschenaux, du 4 Mai 1890. Dans leur recours, Favre et consorts font valoir, en substance, que la circulaire du 4 Avril 1882 n'avait eu d'autre but que d'empêcher l'élection au conseil communal de Tavel du receveur du district de la Singine; en revanche, le Conseil d'Etat tolère que le receveur Deschenaux fonctionne comme conseiller communal à Romont, malgré la susdite circulaire, qui n'est ni révoquée ni retirée, et subsiste en pleine vigueur dans le recueil des lois. C'est l'abus de pouvoir et l'arbitraire élevés à la dernière puissance.

Le Conseil d'Etat était en droit de publier sa circulaire du 4 Avril 1882, par les motifs déjà indiqués, et en autorisant le receveur Deschenaux à siéger au Conseil communal de Romont, le Conseil d'Etat fait de ce fonctionnaire un privilégié, au mépris des art. 4 de la Constitution fédérale et 9 de la Constitution fribourgeoise. La décision du Grand Con-

seil implique le refus de statuer sur une pétition, alors que le droit de pétition est garanti par l'art. 10 de la constitution cantonale. La déclaration d'incompétence du Grand Conseil est un refus de remplir le devoir qui lui incombe, une abdication du pouvoir législatif devant le pouvoir exécutif, un déni de justice.

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat conclut :

a) A ce que le recours, en tant que dirigé contre la décision du Conseil d'Etat en date du 24 Mai 1890, soit déclaré tardif, vu l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

b) A ce que le Tribunal fédéral se déclare incompétent, en vertu de l'art. 59 al. 2 chiffre 9 de la même loi, pour statuer sur le recours, en tant que dirigé contre l'élection du receveur Deschenaux.

c) Au rejet du recours au fond, attendu que les décisions attaquées ne portent atteinte à aucune garantie constitutionnelle, et n'emportent aucun déni de justice.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La décision du Conseil d'Etat du 24 Mai 1890, au sujet de laquelle l'Etat de Fribourg estime que le recours est tardif, se rapporte uniquement à la question de la validité de l'élection du receveur Deschenaux comme conseiller municipal de Romont. Si des plaintes contre cette élection devaient être considérées comme ressortissant à la compétence du Conseil fédéral, ou de l'assemblée fédérale, il est certain que la question de tardiveté du dit recours deviendrait sans objet, le Tribunal fédéral ne pouvant écarter pour cause de tardiveté que les recours dont il est compétent pour connaître. Il y a donc lieu d'examiner d'abord la question de compétence.

2° Le conseil d'Etat de Fribourg conteste la compétence du Tribunal fédéral en se fondant sur l'art. 59 chiffre 9 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, disposition réservant à la décision du Conseil fédéral, soit de l'Assemblée fédérale, les recours contre la validité d'élections et votations cantonales.

L'exception d'incompétence ne se justifie point au regard de cette disposition de la loi fédérale susvisée ; il ne s'agit pas, en effet, dans l'espèce, d'une élection cantonale, mais d'une élection communale, à laquelle l'art. 59 chiffre 9 précité n'est point applicable. Il résulte, en effet, du Message du Conseil fédéral concernant la dite loi que l'expression « cantonales » dans cette dernière, n'a pas été employée en opposition avec « fédérales », mais que l'intention du législateur était de restreindre la compétence des autorités politiques aux recours relatifs à des élections et votations *cantonales,* par oppositions aux votations communales ou de district. « Quant aux recours qui ont pour objets les droits garantis aux citoyens par les constitutions cantonales, dit le message susmentionné, nous pensons qu'en thèse générale ils doivent être placés dans la compétence du Tribunal fédéral. Nous n'en exceptons que ceux qui ont trait à des *élections ou votations cantonales*, parce qu'ils ont un caractère *éminemment politique* et que nos idées suisses ne s'accommoderaient pas très facilement de la pensée que la nomination d'un gouvernement ou un plébiscite cantonal peuvent être cassés pour vice de forme par un tribunal. (Voir *Feuille fédérale* 1874 vol. I. p. 1008.)

3° Le Tribunal fédéral étant ainsi compétent, vu l'objet du recours, pour statuer en la cause, il y a lieu de rechercher en première ligne si le dit recours, pour autant qu'il vise la décision du Conseil d'Etat du 24 Mai 1890, est tardif, ou s'il a été, au contraire, déposé dans les délais légaux. La solution de cette question dépend à son tour de celle de savoir si le fait que les recourants se sont adressés d'abord au Grand Conseil a eu pour effet d'interrompre le délai de 60 jours prévu à l'art. 59 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire. Ce serait le cas si le Grand Conseil était tenu, en droit fribourgeois, d'entrer en matière sur les conclusions des recourants, et si par conséquent la déclaration d'incompétence de cette autorité impliquait une violation constitutionnelle ou un déni de justice ; la pratique du Tribunal fédéral a en effet constamment admis que le recours de

droit public contre les décisions d'autorités cantonales n'était pas, il est vrai, subordonné à l'épuisement des instances cantonales, mais qu'il était *loisible* de faire usage préalablement des moyens de recours prévus par le droit cantonal, et que dans ce cas le délai de 60 jours commençait à courir à partir de la dernière décision cantonale seulement.

A cet égard il faut remarquer que ni la constitution ni la législation fribourgeoise ne prévoient un recours au Grand Conseil contre des décisions du Conseil d'Etat en matière d'élections ou de votations communales, et qu'en rejetant par motif d'incompétence la plainte, soit pétition des recourants, le Grand Conseil, loin de porter atteinte à une garantie constitutionnelle, s'est strictement conformé à la loi. Il résulte d'ailleurs de la teneur même de leur requête au Grand Conseil que les recourants ne s'estimaient pas au bénéfice d'un droit de *recours* à cette autorité, mais qu'ils cherchaient seulement à amener le Grand Conseil à se faire rendre compte, aux termes de l'art. 53 al. 3 de la constitution cantonale, par le Conseil d'Etat, de l'élection attaquée, ou à user de son influence auprès de l'autorité exécutive pour lui faire retirer son arrêté du 24 Mai; arrêté, que le Grand Conseil, dans l'esprit des recourants eux-mêmes, n'avait pas compétence pour annuler. Or il est clair, d'un côté, que si l'art. 53 al. 3 susvisé dispose que le Conseil d'Etat est tenu de rendre compte sur un objet particulier de son administration, chaque fois qu'il en est requis par le Grand Conseil, c'est là une *faculté* dont cette autorité peut user si elle s'y estime fondée, mais nullement un droit garanti aux citoyens, et, d'un autre côté, que cette disposition constitutionnelle ne confère point au Grand Conseil le droit de contraindre le Conseil d'Etat à rapporter des décisions que celui-ci a prises définitivement dans sa compétence.

4° Il suit de ce qui précède, d'une part, que le recours, en tant que dirigé contre la décision du Grand Conseil du 22 Novembre, est dénué de fondement, et, d'autre part, que le fait de la pétition des recourants au Grand Conseil ne pouvait avoir pour effet d'interrompre le délai de recours au

Tribunal fédéral, en ce qui concerne la décision du Conseil d'Etat du 24 Mai 1890. Le recours du 21 Janvier, pour autant qu'il a trait à cette dernière décision, apparaît dès lors comme tardif, et doit être écarté de ce chef.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme tardif, en tant que dirigé contre la décision du Conseil d'Etat du 24 Mai 1890, et comme mal fondé, pour autant qu'il vise la décision du Grand Conseil du 22 Novembre de la même année.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.
Traités de la Suisse avec l'étranger.

Auslieferung. — Extradition.

1. Vertrag mit Italien. — Traité avec l'Italie.

13. Urtheil vom 17. Januar 1891 in Sachen Reſſia.

A. Die königlich italieniſche Geſandtſchaft in Bern verlangt durch Noten vom 21. November und 22. Dezember 1890 beim ſchweizeriſchen Bundesrathe die Auslieferung des in Locarno proviſoriſch verhafteten Emilio Reſſia, Schuhmachers, Sohnes des Giovanni Battiſta von Mongrando wegen fortgeſetzten Betruges. Dieſes Begehren ſtützt ſich auf zwei Haftbefehle des Unterſuchungsrichters von Biella vom 4. November und 22. Dezember 1890, wodurch Reſſia beſchuldigt wird, er habe am 26. und 27. Oktober 1890 in Biella durch die betrügeriſche, falſche Vorſpiegelung, er wolle einen Gaſthof eröffnen und zu dieſem Zwecke ein Piano miethen, die Handelsleute Magliola Vittorio, Maffiolini Ignazio und Zellweger Luigi bewogen, ihm je ein Klavier (geſchätzt zu 480 L., 560 L. und 500 L.) zu überlaſſen und ſich dadurch einen Vortheil zum Schaden anderer zugeeignet, worin ein dreifacher Betrug im Sinne der Art. 79 und 413 des italieniſchen Strafgeſetzes liege. Die kgl. italieniſche Geſandtſchaft weist darauf hin, daß alle drei Vergehen als zuſammenhängende Handlungen zu betrachten ſeien, ſo daß der Geſammtwerth der entzogenen Vermögensſtücke den Betrag von 1000 Fr. überſteige.

B. Reſſia proteſtirt gegen die Auslieferung; er behauptet, er habe einen Betrug überhaupt nicht begangen, ſondern die fraglichen Klaviere wirklich gemiethet und dafür den Miethzins zum Voraus bezahlt.

C. Mit Zuſchrift vom 7. Januar 1891 übermittelt der Bundesrath dem Bundesgerichte die Akten zur Entſcheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Auslieferungsbegehren iſt in gehöriger Form geſtellt und bezieht ſich auf das in Art. 2, Ziffer 12 des ſchweizeriſch-italieniſchen Auslieferungsvertrages als Auslieferungsdelikt aufgezählte Verbrechen des Betruges. Ob der Requirirte ſich der ihm zur Laſt gelegten Handlungen wirklich ſchuldig gemacht habe, iſt nicht vom Bundesgerichte anläßlich der Entſcheidung über die Auslieferung, ſondern vom erkennenden Strafgerichte zu beurtheilen. Das Bundesgericht hat nur zu prüfen, ob in den dem Rekurrenten durch die Haftbefehle zur Laſt gelegten Handlungen, ſofern dieſelben erwieſen werden, die geſetzlichen Thatbeſtandsmerkmale des Betruges gefunden werden können. Dies iſt ohne anders zu bejahen. Der Requirirte wird beſchuldigt, in drei verſchiedenen Fällen durch falſche Vorgaben Kaufleute bewogen zu haben, ihm Klaviere miethweiſe zu überlaſſen, in der Abſicht, dieſe Klaviere in eigenem Nutzen zu veräußern. Daß hierin der Thatbeſtand des Betruges liegt, iſt klar; ob der Requirirte jeweilen einen monatlichen Miethzins für die Klaviere vorausbezahlt hat, wie er behauptet und wie richtig zu ſein ſcheint, iſt gleichgültig. Denn dieſer Umſtand ſchließt das Vorhandenſein der geſetzlichen Thatbeſtandsmerkmale des Betruges nicht aus, ſofern nur eben der Requirirte die Aushändigung der Klaviere durch falſche Vorſpiegelungen und in betrügeriſcher Abſicht erlangte. Ob dies der Fall ſei, iſt, wie bemerkt, vom erkennenden Strafrichter zu beurtheilen.

2. Die einzige vom Requirirten gegen ſeine Auslieferung erhobene Einwendung iſt alſo unbegründet. Dagegen könnte ſich allerdings fragen, ob hier die Auslieferung nicht deßhalb zu verweigern ſei, weil nach Art. 2, Ziffer 12 des Auslieferungsvertrages die Auslieferung wegen Betruges nur dann zu bewilligen iſt, „wenn der Betrag der extorquirten Gegenſtände 1000 Fr.

übersteigt" und weil nun keine der eingeklagten Betrugshandlungen für sich allein diesen Schadensbetrag erreiche, eine Zusammenrechnung der Schadensbeträge der verschiedenen Delikte aber unzulässig sei (s. Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen d'Ayala, XV, S. 747). Dies ist indeß doch richtiger zu verneinen. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Auslieferungsbegehren durch die Bezugnahme auf Art. 79 des italienischen Strafgesetzbuches scheint behaupten zu wollen, die drei Betrugshandlungen rechtlich als einheitliches fortgesetztes Delikt zu betrachten seien. Denn auch wenn nicht ein fortgesetztes Verbrechen sondern Zusammentreffen (reale Konkurrenz) mehrerer gleichartiger Verbrechen vorliegt, so steht doch die angeführte Vorschrift des Art. 2, Ziffer 12 des Auslieferungsvertrages der Bewilligung der Auslieferung nicht entgegen. Freilich ist nach derselben für das Verbrechen des Betruges die Auslieferung nur dann zu gewähren, wenn der eingetretene oder beabsichtigte Schaden den Betrag von 1000 Fr. übersteigt. Allein damit ist nicht gefordert, daß dieser Schadensbetrag durch ein einzelnes Betrugsdelikt erreicht sein müsse, sondern es genügt, wenn überhaupt durch Betrug, gleichviel ob durch ein einziges Delikt oder durch mehrere zusammentreffende Verbrechen, ein Schaden von über 1000 Fr. gestiftet ist, d. h. der Requirirte für ein oder mehrere Betrugsdelikte mit einem Gesammtschaden von über 1000 Fr. verfolgt wird. Der Vertrag bestimmt wohl, daß für die in Ziffer 12 cit. genannten Deliktsarten die Auslieferung nur bei einem Schaden von über 1000 Fr. erfolge, nicht aber, daß innerhalb der betreffenden Deliktsarten dieser Schaden durch ein einziges Delikt verursacht sein müsse und daher die Auslieferung dann zu verweigern sei, wenn ein durch Betrug u. s. w. verursachter Schaden von über 1000 Fr. zwar vorliegt, aber nicht durch Ein Delikt für sich allein, sondern durch mehrere zusammentreffende Delikte der gleichen Art verursacht ist; vielmehr trifft auch im letztern Falle der Wortlaut des Vertrages zu. Diese Auslegung entspricht denn auch offenbar dem Sinn und Geist des Vertrages. Durch die Beschränkung der Auslieferungspflicht auf die Fälle, wo „der Betrag der extorquirten Gegenstände 1000 Fr. übersteigt", wollten die Kontrahenten Sachen

untergeordneten Belangs, in welchen eine erhebliche Strafe nicht in Frage steht, ausschließen. Hiezu gehören aber solche Fälle nicht, wo zwar nicht durch Ein Delikt, wohl aber durch Wiederholung gleichartiger Delikte ein großer, die Summe von 1000 Fr. vielleicht um das vielfache übersteigender Schaden gestiftet worden ist. Es wäre auch gewiß ein innerer Widerspruch, bei den Delikten des Art. 2, Ziffer 12 die Auslieferung dann zu gestatten, wenn ein fortgesetztes Verbrechen mit einem Schaden von über 1000 Fr. vorliegt, sie dagegen in dem Falle zu verweigern, wo es sich nicht um Ein, sondern um mehrere gleichartige Delikte mit dem nämlichen oder einem höhern Gesammtschaden handelt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Emilio Nessia wegen Betruges wird bewilligt.

---

14. Urtheil vom 28. Februar 1891 in Sachen Cini.

A. Francesco Cini aus Livorno ist durch Urtheil des italienischen Konsulargerichtes in Kairo vom 10. November 1888 der Beihülfe zum Betruge, begangen zum Nachtheile der (französischen) Firma Adriano Lauratel in St. Denis (Ile de la Réunion) für einen 1000 Lire übersteigenden Betrag schuldig erklärt und zu einem Jahr Gefängniß (carcere) sowie zu den Kosten verurtheilt worden. Dieses Urtheil wurde durch Entscheidung des Appellhofes von Ancona vom 4. Juni 1889 bestätigt; ein vom Verurtheilten eingelegtes Kassationsgesuch wurde vom obersten Gerichtshofe in Rom verworfen und die Sache zur Vollstreckung an den ersten Richter zurückgewiesen. Aus dem Thatbestande des Urtheils ergibt sich, daß dem Verurtheilten zur Last gelegt wird, im Jahre 1888 in Kairo dem Biaggio Giamona und Carlo di Lorenzo bei betrügerischer Erlangung und Verwerthung einer Sendung Vanille Beihülfe geleistet zu haben. Dem kontradiktorischen Urtheile vom 10. November 1889 war ein durch Restitution aufgehobenes Kontumazialurtheil des Konsulargerichtes vom 11. Juni 1888 vorangegangen, durch welches Cini wegen der

nämlichen That der Gehülfenschaft bei Betrug im Betrage von mehr als 500 Lire für schuldig erklärt und zu 40 Monaten Gefängniß (carcere) verurtheilt worden war. Da Cini sich der Urtheilsvollstreckung durch die Flucht entzog, so wurde vom italienischen Generalkonsulate in Kairo am 7. August 1890 der Haftbefehl erlassen; Cini wurde am 27. Dezember 1890 in Lugano verhaftet. Gestützt auf den Haftbefehl vom 7. August 1890 und das Urtheil des Konsulargerichtes vom 10. November 1888 stellte die königlich italienische Gesandtschaft in Bern beim schweizerischen Bundesrathe das Auslieferungsbegehren wegen Theilnahme an Betrug.

B. Cini erhob gegen seine Auslieferung Einspruch. In einem ausführlichen Memoire vom 12. Januar 1891 macht sein Anwalt, Advokat L. de Stoppani in Lugano, zu Begründung desselben im Wesentlichen folgende Gründe geltend:

1. Das urtheilende Konsulargericht von Kairo sei nicht eine kompetente Behörde im Sinne des schweizerisch-italienischen Auslieferungsvertrages; es sei vielmehr (gleich wie die Militär-, See- und dergleichen Gerichte) ein Ausnahmegericht, welches weder mit Rücksicht auf seine Besetzung noch auf sein Verfahren die gleichen Garantien unparteiischer und richtiger Rechtsprechung darbiete, wie die ordentlichen Gerichte. Es sei überdem zweifelhaft ob das Konsulargericht zum Erlasse von Strafurtheilen überhaupt kompetent sei.

2. Die Auslieferung sei nicht statthaft, weil der Vertrag sich nur auf solche Delikte beziehe, welche im einen oder andern Vertragsstaate begangen worden seien, hier aber der Thatort sich weder in Italien noch in der Schweiz sondern in Egypten, mithin einem dritten auswärtigen, Staate befinde.

3. Das Auslieferungsbegehren gehe nicht von der kompetenten Amtsstelle aus. Mit dem Vollzuge des Urtheils des Appellhofes in Ancona sei der italienische Konsul in Kairo beauftragt worden. Dieser habe nun keinen Auslieferungsantrag gestellt, sondern verlange in seinem Haftbefehle nur Verhaftung des Verfolgten in Egypten und im Gebiete des Königreichs Italien. An Stelle des mit dem Urtheilsvollzuge beauftragten Beamten aber dürfe keine andere Amtsstelle den Auslieferungsantrag stellen.

4. Die Strafe sei in Kairo zu verbüßen und es könne nicht die Absicht der eidgenössischen Behörden sein, den Verfolgten nach Egypten auszuliefern, während doch weder mit diesem Staate noch mit der Türkei ein Auslieferungsvertrag bestehe.

5. Das Urtheil, auf Grund dessen die Auslieferung verlangt werde, laute auf Beihülfe zum Betrug (aussilio in truffa). Die Beihülfe zum Betrug sei nach dem toskanischen Strafgesetzbuche, — auf Grund dessen seine Verurtheilung erfolgt sei, — und mehr noch nach der toskanischen Praxis ein vom Betruge und der Theilnahme oder Mitschuld am Betruge verschiedenes delictum sui generis, welches im Auslieferungsvertrage nicht vorgesehen sei. Wenn er wegen Theilnahme oder Mitschuld verfolgt worden wäre, so hätte er gleichzeitig mit den Thätern verurtheilt werden müssen, während er in Wirklichkeit allein verfolgt und verurtheilt worden sei. Es sei möglich, daß Giamona und di Lorenzo einen Betrug zum Nachtheile des Hauses Lauratel verübt haben, ja nach den stattgehabten Verhandlungen habe er Grund dies zu glauben. Allein zur Zeit, wo er die Vanillesendung für dieselben in Empfang genommen und darüber verfügt habe, habe er keinen Grund zum Verdachte gehabt; wenn seine Handlungsweise dem Giamona und di Lorenzo zu Vollführung des Verbrechens dienlich gewesen sei, so sei er ein unbewußtes Werkzeug in ihren Händen gewesen, wie er denn auch für seine Rechnung keinen Vortheil gezogen habe. Seine Verurtheilung durch das Konsulargericht in Kairo sei ungerecht und beruhe auf Voreingenommenheit der Richter gegen den Angeklagten. Es lasse sich dieser Spruch nicht anders als durch politische Motive erklären. Er, Cini, gehöre der sozialistischen Partei an und sei wegen dieser seiner Ueberzeugungen schon mehrfach verfolgt worden. Mit dem Konsul in Kairo habe er im Jahre 1886 aus diesem Grunde einen heftigen Wortwechsel gehabt und er vermuthe, daß das Urtheil eine Folge dieser Feindseligkeit sei. Auch scheine seine Verhaftung in Lugano am Vorabend der sozialistischen Versammlung in Capolago durch die italienischen Behörden aus politischen Motiven verlangt worden zu sein.

6. Es sei nicht bewiesen, daß der Gegenstand des ihm zur Last gelegten Betruges den Werthbetrag von 1000 Fr. erreiche;

die daherige Angabe im Urtheilsdispositiv beruhe auf durchaus willkürlichen Annahmen, welche durch die Akten selbst widerlegt seien. Es gehe dies schon daraus hervor, daß im Kontumazialurtheil betreffend die gleiche Angelegenheit vom 11. Juni 1888 das Konsulargericht den Betrag auf „über 500 Fr." angegeben habe.

7. Endlich seien die italienischen Gerichte überhaupt nicht kompetent gewesen, gegen ihn einzuschreiten. Zur Verfolgung eines von einem Italiener im Auslande gegen einen Ausländer begangenen Vergehens seien nach Art. 6 des zur Zeit der That geltenden italienischen Strafgesetzes vom 1. Januar 1866 die italienischen Gerichte nur dann kompetent gewesen, wenn eine Klage der geschädigten Partei vorgelegen und der Heimatsstaat des Geschädigten Gegenrecht gehalten habe. Im vorliegenden Falle sei weder das Eine noch das Andere dieser Requisite erfüllt gewesen. Auch nach dem gegenwärtig geltenden, auf 1. Januar 1890 in Kraft getretenen italienischen Strafgesetzbuche wäre seine Verfolgung nicht statthaft, da nach demselben Delikte der vorliegenden Art, welche im Auslande gegen einen Ausländer verübt seien, nur auf Klage des Geschädigten oder auf Begehren der fremden Regierung verfolgt werden.

C. Die königlich italienische Regierung, welcher von dem Einspruche Einis Kenntniß gegeben wurde, hält an dem Auslieferungsbegehren fest, indem sie im Wesentlichen bemerkt: Die Konsulargerichte seien keine Ausnahmegerichte, sondern gemäß dem Konsulargesetz vom 28. Februar 1866 ordentliche Gerichte im strengsten Sinne des Wortes und zwar um so mehr, als ihre Urtheile nachträglich in zweiter Instanz durch die Appellhöfe in Genua und Ancona und in letzter Instanz durch den Kassationshof in Rom geprüft werden. Nach Maßgabe der Kapitulationen seien die von Angehörigen auswärtiger Staaten in Egypten begangenen Delikte geradezu als auf dem Gebiete des betreffenden Staates selbst begangen zu betrachten, weßhalb denn auch die Schuldigen der Gerichtsbarkeit desjenigen Konsulargerichtes unterworfen seien, welches ihr Heimatsstaat in Egypten bestellt habe. Ein mit Gerichtsbarkeit ausgestattetes italienisches Konsulargericht besitze den Charakter einer kompetenten Behörde im Sinne des

Auslieferungsvertrages. Es sei auch festzuhalten, daß das vom Konsulargerichte in Kairo gegen Cini ausgefällte Urtheil von dem Appellhofe in Ancona, also von einer Gerichtsbehörde, welche ihren Sitz im eigentlichen Gebiete des Königreichs habe, bestätigt und dadurch zum Urtheile dieser Behörde erhoben worden sei; es sei auch daran zu erinnern, daß die schweizerische Regierung dem Auslieferungsbegehren gegen einen Cica Elia Fumarola, welcher eines im Juli 1872 in Smyrna begangenen Verbrechens angeklagt war, Folge gegeben habe. Daß daß Auslieferungsbegehren nicht vom Konsul, welchem nur der Erlaß des Haftbefehles obgelegen habe, sondern von der italienischen Regierung habe ausgehen müssen, ergebe sich klar aus dem Vertrage. Die Behauptung des Cini, er würde seine Strafe nicht in Italien selbst sondern in Egypten zu verbüßen haben, sei völlig unbegründet. Nur die kurzen Freiheitsstrafen, welche den in Egypten lebenden Italienern auferlegt werden, werden (und zwar einzig zur Ersparniß der Transportkosten) im dortigen Konsulargefängniß vollzogen. Cini dagegen werde, falls seine Auslieferung stattfinde, dem Generalprokurator in Ancona behufs Verbüßung der ihm auferlegten Strafe in einem Gefängniß des Königreichs zur Verfügung gestellt werden müssen. Nach dem Wortlaute des Auslieferungsvertrages sei die Auslieferung für jede Art von Mitschuld oder Theilnahme an einem Auslieferungsdelikte zu gewähren und aus dem angeführten Urtheile ergebe sich, daß Cini an der Begehung eines Betruges Theil genommen habe. Ebenso ergebe sich aus dem Urtheile, daß der Werth der durch den Betrug entzogenen Vermögensgegenstände die Summe von 1000 Lire übersteige.

D. Mit Zuschrift von 12. Februar 1891 überweist der Bundesrath dem Bundesgerichte die Akten zur Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die italienischen Konsulargerichte sind keine Ausnahmegerichte, welche, außerhalb der verfassungsmäßigen Gerichtsorganisation, nur für einen oder mehrere konkrete Fälle gebildet würden; sie sind vielmehr, wie aus den Bestimmungen des italienischen Konsulargesetzes vom 28. Januar 1866 sich ergibt, ständige Gerichte, deren Zusammensetzung, Kompetenz und Verfahren gesetzlich geordnet sind. Daß ihre Zusammensetzung nicht die gleiche

ist, wie diejenige der gewöhnlichen Civil- und Strafgerichte ist gleichgültig. Denn der schweizerisch-italienische Auslieferungsvertrag beschränkt die Auslieferungspflicht nicht auf diejenigen Fälle, welche von den gewöhnlichen Strafgerichten abgeurtheilt wurden oder abzuurtheilen sind, sondern erstreckt dieselbe auf alle Strafthaten, welche überhaupt von den kompetenten Behörden eines Vertragsstaates verfolgt werden oder beurtheilt worden sind. Ebenso ist unzweifelhaft, daß nach den Bestimmungen des italienischen Konsulargesetzes den Konsuln respektive Konsulargerichten in denjenigen Ländern, wo Staatsverträge oder Gewohnheit dies gestatten, nicht nur Civil- sondern auch Strafgerichtsbarkeit über ihre Nationalen zusteht. Zu diesen Ländern gehört aber Egypten. Wie nicht zu bezweifeln, steht nach Kapitulationen, Staatsverträgen und Uebung den Staaten des europäischen Systems, welche mit dem ottomanischen Reiche in völkerrechtlichem Verkehr stehen. Strafgerichtsbarkeit über ihre im Gebiete dieses Reiches sich aufhaltenden Angehörigen zu. Zwar ist nach den ältern Kapitulationen und Staatsverträgen die Strafgerichtsbarkeit des Heimatstaates des Thäters auf den Fall beschränkt, wo der durch das Verbrechen Verletzte der gleichen Nationalität wie der Thäter angehört, oder ist für die Bestrafung von Verbrechen europäischer Angehöriger überhaupt nur die Intervention ihres Ministers oder Konsuls vorgesehen (siehe Staatsvertrag zwischen der Türkei und Sardinien vom 25. Oktober 1823, Art. IX). Allein in der Praxis und in neuern Staatsverträgen, deren Bestimmungen kraft des Meistbegünstigungsprinzips den sämmtlichen übrigen im Genusse von Kapitulationen sich befindenden Staaten, insbesondere dem Königreich Italien (vergleiche Vertrag desselben mit der Pforte vom 10. Juli 1861, Art. I) zu Gute kommen, sind diese Beschränkungen nicht festgehalten sondern ist die Strafgerichtsbarkeit des Heimatstaates über seine Angehörigen unbedingt anerkannt (siehe Lawrence, Eléments de droit international, IV, S. 1 u. ff. insbesondere 162 u. ff.). Daß dies speziell auch für Egypten gilt, ergibt sich klar aus den Verhandlungen über die egyptische Justizreform. Dort wurde der ursprüngliche Vorschlag der egyptischen Regierung, den zu errichtenden gemischten Gerichten nicht nur Civiljurisdiktion sondern auch die « jurisdic-

tion correctionelle et criminelle pour les contraventions commises par les étrangers, pour les crimes et pour les délits commis par les étrangers contre l'Etat, contre les indigènes ou contre les étrangers d'une nationalité différente » zu übertragen, von den europäischen Mächten zurückgewiesen und rücksichtlich des Strafrechts im Wesentlichen an der Gerichtsbarkeit des Heimatstaates respektive an der Konsulargerichtsbarkeit festgehalten; nur bezüglich der bloßen Polizeiübertretungen und gewisser wesentlich gegen die Rechtspflege gerichteter Delikte wurde die Kompetenz der gemischten egyptischen Gerichte anerkannt (siehe die betreffenden Verhandlungen in Nouveau Recueil général des Traités etc., Continuation du grand Recueil de G. Fr. de Martens par Samwer et Hopf, seconde série, tome II, S. 587 u. ff.)

2. Kann aber sonach keinem Zweifel unterliegen, daß nach dem geltenden Völkerrechte dem Königreich Italien die Strafgerichtsbarkeit über seine in Egypten sich aufhaltenden, dort delinquirenden Staatsangehörigen zusteht, so ist klar, daß ein in Egypten begangenes Verbrechen eines italienischen Angehörigen nicht als ein außerhalb des italienischen Gebietes sondern als ein im Inlande begangenes Delikt betrachtet und behandelt werden muß. Denn es ist begangen innerhalb eines Gebietes, in welchem dem italienischen Staate die Strafgerichtsbarkeit mit Bezug auf seine Nationalen an Stelle des Territorialstaates zusteht; letztere sind insofern als exterritorial, als den Gesetzen und der Gerichtsbarkeit des Heimatstaates unterworfen, zu betrachten und daher so zu behandeln, wie wenn sie im Gebiete des letztern gehandelt hätten. Dem Heimatstaate steht mit Beschränkung auf seine Angehörigen die Strafgerichtsbarkeit in einem, sonst fremden, Lande zu, welches insoweit daher wie sein Gebiet behandelt werden muß, wo er die Strafjustiz in Recht und Pflicht auszuüben hat. Daraus folgt denn, daß im vorliegenden Falle nichts darauf ankommt, ob nach dem schweizerisch-italienischen Auslieferungsvertrage die Auslieferungspflicht auf solche Verbrechen sich beschränkt, welche im Gebiete des ersuchenden Staates begangen wurden oder ob dies, da der Vertrag eine derartige Einschränkung ausdrücklich nicht aufstellt, nicht der Fall ist. Denn hier handelt er sich in

der That um ein Verbrechen, das innerhalb des Gebietes der italienischen Gerichtsbarkeit begangen wurde und daher als im Gebiete des ersuchenden Staates begangen zu behandeln ist. Ebenso erledigt sich damit ohne weiters die Einwendung, daß die Strafverfolgung nach den Grundsätzen des italienischen Rechts über die örtliche Anwendung des Strafrechts unzuläßig gewesen sei.

3. Die Einwendung, das Auslieferungsbegehren gehe von der unrichtigen Stelle aus, ist offenbar unbegründet. Mochte immerhin dem Konsulate in Kairo die Vollstreckung des Urtheils zunächst aufgetragen sein, so hatte doch das Auslieferungsbegehren gemäß Art. 9 des Auslieferungsvertrages nicht von diesem sondern von der italienischen Regierung auszugehen.

4. Daß die Verurtheilung sich nicht auf ein Auslieferungsverbrechen beziehe, ist, wie aus den Akten klar sich ergibt, unrichtig. Der Requirirte ist wegen Beihülfe beim Betrug im Betrage von über 1000 Lire verurtheilt worden. Nun ist der Betrug, wenn der Werth der extorquirten Gegenstände 1000 Fr. übersteigt, gemäß Art. 2 Ziffer 12 des Auslieferungsvertrages Auslieferungsdelikt, und es ist die Auslieferungspflicht auch für jede Art von Mitschuld oder Theilnahme an einem Auslieferungsdelikt begründet. Die Beihülfe zum Betrug aber, wegen welcher der Requirirte verurtheilt wurde, ist zweifellos eine Art der Theilnahme und keineswegs ein selbständiges Delikt. Dies ergibt sich aus den eigenen Anbringen des Requirirten im Vergleiche zu dem Inhalte des Urtheils; ersterer bestreitet lediglich, daß er um die betrügerische Absicht der Thäter gewußt habe, während dagegen die Urtheilsgründe gerade ausführen, daß der Angeklagte wissentlich die betrügerischen Handlungen der Thäter unterstützt habe. Der Schaden, welcher durch den Betrug, zu dessen Verübung der Requirirte Beihülfe leistete, verursacht wurde, übersteigt ebenfalls zweifellos den Betrag von 1000 Fr. wie aus den Angaben des Urtheils sich deutlich ergibt. Ob dagegen gerade der Requirirte für sich persönlich überhaupt einen Gewinn, oder einen 1000 Fr. übersteigenden, erzielt habe, ist gleichgültig; nach dem klaren Wortlaute des Vertrages genügt es, daß der Werth der durch die Haupthandlung verbrecherisch erlangten Gegenstände 1000 Fr. übersteigt.

5. Die Behauptung, daß die Auslieferung deßhalb nicht bewilligt werden könne, weil der Requirirte seine Strafe in Egypten zu verbüßen hätte, ermangelt nach der Erklärung der italienischen Regierung der thatsächlichen Grundlage. Die Auslieferung wird übrigens nicht an Egypten sondern an das Königreich Italien gewährt, welches die Strafe nach Maßgabe seiner Gesetzgebung in einem seiner Gefängnisse zu vollstrecken hat.

6. Wenn der Requirirte schließlich einwendet, es handle sich bei dem gegen ihn gestellten Auslieferungsbegehren um Verfolgung politischer Zwecke, so liegt hiefür irgend welcher Beweis nicht vor. Das Vergehen, wegen dessen die Auslieferung verlangt wird, ist ein gemeines; irgendwelche Beziehungen der That zu politischen Zwecken sind nicht gegeben und ebensowenig liegt vor, daß eine Verfolgung des Requirirten wegen eines anderweitigen politischen Delikts beabsichtigt wäre. Letzteres wäre übrigens durch Art. 3 des Auslieferungsvertrages selbstverständlich ausgeschlossen. Die materielle Richtigkeit des Urtheils hat der Auslieferungsrichter nicht zu überprüfen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Francesco Cini an das Königreich Italien wegen Beihülfe zum Betruge wird bewilligt.

---

2. Vertrag mit Deutschland. — Traité avec l'Allemagne.

15. Urtheil vom 14. Februar 1891 in Sachen Emerlat.*)

A. Eduard Emerlat (alias Eduard Bermard ꝛc.), angeblich aus New-Orleans, wurde beschuldigt, am 15. März 1878 bei dem Geldwechsler W. Kiefer in Basel auf einen an die Ordre E. May lautenden Kreditbrief eines nicht existirenden Bankhauses

*) Diese Entscheidung wird, weil nur theilweise von allgemeiner Bedeutung, blos auszugsweise mitgetheilt.

(Exchange Banking Company in Liverpool) die Summe von 500 Fr. erhoben zu haben; er wurde deßhalb wegen Urkundenfälschung im Kanton Baselstadt strafrechtlich verfolgt. Da er im Großherzogthum Baden wegen anderer Verbrechen zur Haft gebracht worden war, so wurde vom Bundesrathe dort seine Auslieferung wegen Urkundenfälschung verlangt. Dieselbe wurde auch vom großherzoglichen badischen Staatsministerium für die Zeit nach Erstehung der vom Requirirten im deutschen Reiche zu verbüßenden Strafen bewilligt und hernach, am 18. September 1890, vollzogen. Durch Urtheil des Strafgerichtes des Kantons Baselstadt vom 28. Oktober 1890 wurde hierauf der angebliche Eduard Emerlat alias Eduard Bernard des Gebrauchs einer falschen Urkunde schuldig erklärt und nach § 72 des Strafgesetzes zu einer Zuchthausstrafe von einem Jahr, zur Einstellung im Aktivbürgerrecht für die Dauer von 10 Jahren, zu den Kosten des Verfahrens mit Einschluß einer Urtheilsgebühr von 20 Fr. sowie zu einer Entschädigung von 500 Fr. an W. Kiefer verurtheilt. Das Gericht ging davon aus, daß die Identität des angeblichen Emerlat alias Bernard mit derjenigen Persönlichkeit, welche am 15. März 1878 unter dem Namen May den gefälschten Kreditbrief bei Geldwechsler Kiefer verwerthet habe, nachgewiesen und somit festgestellt sei, daß derselbe wissentlich von einer falschen Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht habe, wogegen angesichts des hartnäckigen Leugnens des Angeklagten dahingestellt bleiben müsse, werder Fälscher des Kreditbriefes gewesen sei.

B. Mit Eingabe vom 27. November 1890 wandte sich hierauf E. Emerlat an das Bundesgericht mit dem Begehren, dasselbe möchte seine Verurtheilung für ein anderes Delikt, als dasjenige, für welches die Auslieferung beantragt und zugesagt worden sei, für unzuläßig erklären. Seine Auslieferung sei wegen Urkundenfälschung verlangt und bewilligt worden, wogegen seine Verurtheilung wegen des ganz andern Delikts, des Gebrauches einer gefälschten Urkunde, erfolgt sei. Nach den bestehenden Auslieferungsverträgen sei es aber unstatthaft, einen Ausgelieferten ohne Bewilligung der auslieferndn Regierung wegen eines andern Delikts, als desjenigen, für welches die Auslieferung gewährt wurde, zu verfolgen.

Das Bundesgericht hat diese Beschwerde als unbegründet abgewiesen, indem es ausführte:

Der schweizerisch-deutsche Auslieferungsvertrag beschränkt die Gerichtsgewalt des requirirenden Staates über den Ausgelieferten nicht auf diejenige That, wegen welcher die Auslieferung nachgesucht und bewilligt wurde, sondern er schließt (in Art. 4 Abs. 3) nur aus, daß der Ausgelieferte wegen eines Verbrechens oder Vergehens, welches im Vertrage nicht vorgesehen ist, in Untersuchung gezogen oder bestraft werde. Danach kann denn hier, da sowohl die Urkundenfälschung als der wissentliche Gebrauch gefälschter Urkunden zum Zwecke der Täuschung gemäß Art. 1 Ziffer 17 des Auslieferungsvertrages Auslieferungsdelikte sind, von einer Verletzung des Staatsvertrages von vornherein keine Rede sein. Läge übrigens dem schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrage auch wirklich der Grundsatz der Spezialität der Auslieferung zu Grunde, so wäre derselbe in casu doch nicht verletzt. Denn der Rekurrent ist in Basel nicht wegen einer andern, sondern wegen der gleichen That verurtheilt worden, wegen welcher die Auslieferung bewilligt worden war, nur die juristische Qualifikation, welche das Strafurtheil der That gibt, ist eine andere als diejenige, welche im Auslieferungsbegehren geltend gemacht war, wobei aber immerhin auch das Strafurtheil ein Auslieferungsverbrechen feststellt. Dadurch aber wird, sofern nicht etwa in den maßgebenden Verträgen etwas anderes vereinbart ist, der Grundsatz der Spezialität der Auslieferung nicht verletzt.

---

3. Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika.
Traité avec les Etats-Unis de l'Amérique.

16. *Arrêt du 6 Mars 1891 dans la cause Piguet.*

Par note du 21 Décembre 1890, la Légation des Etats-Unis en Suisse demanda au Département fédéral des affaires étrangères d'ordonner l'arrestation provisoire du sieur Eugène Piguet, ex-caissier de la Compagnie d'assurances « La Lancashire » à New-York, inculpé de détournements, soit d'abus

de confiance, au préjudice de cette Compagnie, pour une somme supérieure à 15000 dollars. Ensuite des renseignements fournis par la dite Légation, Piguet devait séjourner à Genève. L'arrestation de Piguet était requise en vue de l'extradition de cet inculpé aux Etats-Unis, et en attendant la production d'un mandat d'arrêt régulier.

Le 23 Décembre 1890, le sieur Eugène Piguet fut arrêté et incarcéré à Genève, où il est encore détenu. Dans ses interrogatoires des 23 Décembre 1890 et 30 Janvier 1891, l'inculpé a nié les faits à sa charge, et déclaré ne pas consentir à être remis en mains des autorités américaines.

Comme Piguet est citoyen genevois, le Département des affaires étrangères, par note du 26 Décembre 1890, avise la Légation des Etats-Unis de l'arrestation de Piguet, et l'informe que les autorités genevoises sont prêtes à ordonner des poursuites judiciaires contre lui, devant les tribunaux du canton de Genève, pour le délit d'escroquerie qui lui est imputé à New-York.

Ensuite d'une dépêche du 13 Janvier 1891, du Département d'Etat des Etats-Unis, la Légation de cette puissance à Berne insiste sur l'extradition du prédit Piguet. Cette demande s'appuie :

a) Sur un mandat d'arrêt du 27 Décembre 1890, lancé par le Recorder de New-York, pour vol qualifié du premier degré ;

b) Sur une déclaration du même magistrat, en date du même jour, d'où il appert que les dépositions des employés de la Compagnie « La Lancashire », relatives aux détournements commis par Piguet, ont été faites devant son office et sous le poids du serment ;

c) Sur un extrait des dépositions du directeur et du sous-directeur de cette Compagnie, concernant les détournements commis par Piguet, ces derniers s'élevant à une somme supérieure à 15 000 dollars, et accompagnés de falsifications de livres de comptabilité. L'inculpé Piguet est poursuivi en vertu des sections 528, 530 et 533 du Code pénal des Etats-Unis, punissant le vol qualifié du premier degré, lequel comprend également le détournement, entre autres celui

commis sur une somme supérieure à 500 dollars, de 5 à 10 ans de reclusion, et de la privation des droits civiques (peine infamante).

Par mémoire du 10 Février 1891, adressé au Conseil fédéral, Piguet déclare s'opposer à la demande d'extradition formée contre lui, par divers motifs, qui seront examinés dans les considérants de droit du présent arrêt. Dans la même écriture, Piguet demande, si une plainte régulière est déposée contre lui, à être jugé par les tribunaux genevois, conformément aux art. 8 du Code d'instruction pénale du 25 Octobre 1884 et 361 du Code pénal genevois du 21 Octobre 1874.

D'autre part les avocats Gans et Rehfous à Genève, conseils de « La Lancashire Insurance Company », avaient dans un mémoire adressé, le 4 Février 1891, au Conseil d'Etat de Genève, conclu à ce qu'il plaise à cette autorité donner son assentiment à la demande d'extradition.

Par office du 6 Février 1891, le Conseil d'Etat informe le Conseil fédéral qu'il serait disposé à adopter, au point de vue du droit, les conclusions de ce mémoire, tout en ajoutant qu'il s'en rapporte d'ailleurs, le cas échéant, à l'appréciation du Tribunal fédéral.

Par office du 17 dit, le Conseil fédéral transmet au Tribunal fédéral, conformément à l'art. 58 de la loi sur l'organisation judiciaire, le dossier de l'affaire, en l'invitant à examiner si la demande d'extradition du sieur Piguet est fondée, à teneur des art. XIII et XIV du traité entre la Confédération suisse et les Etats-Unis, du 25 Novembre 1850, ratifié les 30 Juillet et 6 Novembre 1855.

Statuant sur ces faits et considérant :

En droit :

1° Le premier moyen opposé à la demande d'extradition consiste à dire que Piguet est ressortissant suisse, que la non-extradition des nationaux est un principe fondamental du droit international, et que d'ailleurs l'art. XIII du traité d'extradition ne prévoit pas expressément l'extradition d'un ressortissant du pays requis.

Bien que la non-extradition des nationaux soit aujourd'hui la règle, corroborée par la pratique de nombreux Etats; bien que la Suisse se soit également conformée à ce principe dans les traités conclus par elle sur cette matière, qu'elle l'ait même expressément sanctionné dans nombre d'entre eux, il n'existe toutefois aucune disposition constitutionnelle ou légale qui lui interdise formellement l'extradition des nationaux.

Pour autant donc que l'obligation d'extrader se trouve réglée par un traité, la question de l'extradition de ressortissants suisses doit être résolue uniquement d'après l'esprit et la lettre des dispositions de la convention internationale sur ce point.

2° La question de savoir si l'art. XIII du traité de 1850 entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique implique l'obligation dont il s'agit, doit être résolue à la lumière de l'interprétation de son texte tout en tenant compte des négociations qui ont précédé la ratification définitive de cette convention internationale.

Or par le prédit article les deux pays contractants s'engagent à se livrer réciproquement, pour être traduits en justice, « les individus qui, prévenus des crimes énumérés à l'article suivant, commis dans la juridiction de la partie requérante, chercheront un asile ou seront trouvés sur les territoires de l'autre partie. » Cet engagement est pris d'une manière générale, et sans aucune distinction entre les étrangers et les nationaux.

En présence de ce texte il faudrait, pour exclure l'obligation d'extrader les nationaux, démontrer que l'intention des parties a été, malgré le silence du traité sur ce point, d'excepter leurs ressortissants respectifs. Or une pareille intention ne saurait être considérée comme allant sans dire, et comme résultant de la nature des choses, que si le principe de la non-extradition des nationaux était de règle absolument générale, ce qui n'est nullement le cas, plusieurs Etats, comme l'Angleterre, la Norvège et les Etats-Unis, par exemple, admettant et pratiquant l'usage contraire.

En concluant un traité d'extradition avec un pays qui, comme les Etats-Unis d'Amérique, consent à livrer ses nationaux, il paraît évident que si la partie cocontractante, soit dans l'espèce la Suisse, eût voulu introduire un principe différent, elle en eût fait l'objet d'une disposition expresse. L'absence de toute disposition de ce genre n'autorise donc point à attribuer aux parties contractantes l'intention d'exclure les nationaux des stipulations du traité.

3° La genèse du traité de 1850, ratifié en 1855, démontre également que les parties contractantes étaient tombées d'accord sur la portée à attribuer à l'art. XIII du dit traité, en ce qui concerne l'étendue de l'obligation d'extradition.

Le message du 3 Décembre 1850 aux Chambres fédérales, relatif à cette loi, démontre à l'évidence que les dites parties n'ont point entendu stipuler qu'elles ne seraient pas tenues de se livrer leurs nationaux respectifs. Bien au contraire le Conseil fédéral déclare expressément, dans le dit message, « qu'il n'a pas cru devoir insister sur cette clause » dont il avait, en vain, cherché d'ailleurs l'introduction lors des négociations de 1846 sur le même objet; le Conseil fédéral ajoute, comme motif de cet abandon, « que ce serait complètement inutile et qu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour renoncer à un traité sur l'extradition plutôt que de consentir à livrer des nationaux prévenus de crimes graves. » (Voir *Feuille fédérale* de 1855, tome III, page 641.)

Bien que le susdit traité n'ait été ratifié qu'en 1855, la cause de ce retard ne gît point dans des différences qui auraient surgi entre parties relativement à l'obligation d'extradition, mais dans le fait de négociations prolongées sur d'autres articles.

Lors de la reprise de ces négociations en 1852, il fut convenu entre les parties, après délibération, « de laisser telle quelle toute la partie du traité déjà acceptée par elles, et de ne rien changer à la date de la conclusion. » C'est aussi dans ce sens que le traité fut soumis à la ratification des Chambres fédérales. (Voir message du Conseil fédéral du 30 Avril 1855, *Feuille fédérale* de 1855, tome 2, pages 40 et

52 et Rec. offic. des lois, V, page 188.) Les parties étaient ainsi toutes deux de l'avis que la partie du traité déjà ratifiée en 1850, et entre autres les articles relatifs à l'extradition, ne nécessitait pas une nouvelle ratification, mais seulement des modifications apportées sur d'autres points à cette convention internationale.

Il ressort de tout ce qui précède que le dit traité, en ce qui concerne l'extradition, doit être interprété et appliqué dans le sens, déjà fixé en 1850, de l'obligation imposée aux parties contractantes d'extrader même leurs nationaux, dans les cas prévus à l'art. XIV.

4° Le second motif d'opposition invoqué consiste à dire que les délits de détournement et d'abus de confiance, pour lesquels Piguet est poursuivi, ne sont pas au nombre de ceux que le traité énumère comme pouvant motiver l'extradition. Ce moyen ne saurait être accueilli ; l'extradition du sieur Piguet est demandée pour les actes criminels prévus à l'art. 528 du Code pénal de l'Etat de New-York, lesquels tombent certainement sous le coup de l'art. XIV précité (soustraction commise par des personnes salariées au détriment de ceux qui les emploient, dans le cas où ce crime entraînerait une peine infamante).

C'est également en vain que l'inculpé conteste que les faits à sa charge eussent suffi à justifier son arrestation et son jugement, si ces infractions eussent été commises à Genève (traité art. XIII). Cette allégation est absolument dénuée de fondement; le détournement est également prévu et réprimé par la loi pénale genevoise, et les indices à la charge de Piguet sont de nature assez grave pour justifier son arrestation et sa mise en jugement à Genève.

5° Le motif d'opposition tiré de ce que le crime pour lequel Piguet est poursuivi ne serait pas puni à Genève d'une peine infamante (art. XIV précité), est de même sans aucune valeur dans le cas particulier. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 361 al. 2 du Code pénal genevois, l'abus de confiance commis par un employé au préjudice de son patron n'est puni que de la peine d'un emprisonnement de deux

à cinq ans, laquelle n'est point infamante, aux termes de l'art. 10 chiffre 2° du dit code. Mais l'art. XIV du traité n'exige point, pour qu'il soit donné suite à l'extradition, que le crime, objet de la poursuite, soit puni d'une peine aussi grave dans le pays requis que dans le pays requérant; il suffit, à cet égard, que l'inculpé soit poursuivi ou condamné, dans l'Etat requérant, pour une des infractions énumérées à l'article susvisé, pourvu que cette infraction soit punie d'une peine infamante dans cet Etat, ce qui n'est point contestable dans l'espèce. Cela résulte de l'art. XIV du traité, *in principio*, ainsi que du message du 3 Décembre 1850. (Voir *Feuille fédérale* de 1850, tome III, page 644.)

6° Enfin la circonstance que l'art. 8 du Code d'instruction pénale genevoise du 25 Octobre 1884 stipule que » tout Genevois prévenu d'un crime ou d'un délit commis » hors du territoire de la République est poursuivi et jugé » dans le canton d'après les lois genevoises, s'il ne la pas » été à l'étranger, » ne saurait modifier en rien les dispositions du traité d'extradition avec les Etats-Unis.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

L'extradition du sieur Eugène Piguet est accordée.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Heimatlosigkeit. — Heimatlosat.

17. Urtheil vom 7. Februar 1891 in Sachen Bundesrath gegen Tessin.

A. Im Jahre 1847 kam der in Tradate in der (damals österreichischen) Provinz Como heimatberechtigte Giovanni Francesco Tognola, geb. 1824, Sohn des Giovanni Battista und der Maria Franchi nach Biasca, Kantons Tessin, wo er sich als Schmid niederließ. Am 16. März 1854 verehelichte er sich mit Bewilligung des Staatsrathes des Kantons Tessin mit der am 19. September 1818 in Biasca geborenen Margarita Foglia, Tochter des Karl Foglia von Biasca. Aus dieser Ehe gingen zwei Söhne Cesare und Evaristo hervor, welche beide in Biasca, der erstere am 16. Februar 1855, der letztere am 4. Juli 1860, geboren sind. Der Vater Giovanni Tognola ist am 13. September 1880, die Mutter Margarita Foglia am 13. November 1888 zu Biasca gestorben. Zum Zwecke der Vollziehung seiner Ehe hatte Giovanni Tognola, als Ausländer ohne Heimatschein, die Vorschriften des tessinischen Gesetzes betreffend die Ehen von Fremden vom 9. Juni 1853 erfüllt, nämlich Bürgschaft bestellt und eine Erklärung der tessinischen Gemeinde Curcggia beigebracht, daß den Eheleuten das Domizil in der Gemeinde zugesichert sei, sowie daß diese selbst und ihre Nachkommen, wenn sie durch die Thatsache des Vollzuges der Ehe und des Aufenthaltes im Kanton Tessin das Bürgerrecht in der Heimat des Tognola verlieren

sollten, als Angehörige der Gemeinde anerkannt und als solche eingebürgert werden. Später brachte Giovanni Tognola, jedenfalls für seine Person, einen österreichischen Auslandspaß vom 6. Mai 1857 und in der Folge, nach dem Uebergang der Lombardei an das Königreich Italien, verschiedene italienische Auslandspässe, zuletzt einen solchen des italienischen Konsulats in Lugano vom 14. August 1875, bei, auf Grund welcher Pässe ihm die Bewilligung zum Aufenthalt in Biasca für sich und seine Familie jeweilen periodisch erneuert wurde. Giovanni Tognola gerirte sich demgemäß den tessinischen Behörden gegenüber als Italiener; sein älterer Sohn Cesare, welcher im Jahre 1876 in die Militärliste der Gemeinde Biasca war eingetragen worden, wurde später als Italiener wieder gestrichen. Unterdessen hatte aber Giovanni Tognola, durch eine am 9. Mai 1873 vor dem Civilstandsbeamten der Gemeinde Tradate abgegebene Erklärung, gemäß Art. 11 des italienischen Civilgesetzbuches auf das italienische Bürgerrecht verzichtet. Als daher im Jahre 1878 von den tessinischen Behörden an Stelle der abgelaufenen neue Ausweisschriften für die Familie Tognola verlangt wurden, wurde deren Ausstellung durch die Behörde von Tradate verweigert. Giovanni Tognola strebte hierauf seine und seiner Famile Einbürgerung (als Heimatloser) in der Gemeinde Cureggia an. Der Staatsrath des Kantons Tessin lehnte dies jedoch ab, indem er darauf abstellte, Giovanni Tognola habe die nöthigen Schritte zu seiner Wiedereinbürgerung in Italien im Sinne des Art. 13 des italienischen Civilgesetzbuches zu thun; sein heimlicher Bürgerrechtsverzicht sei ungültig; für den Fall, daß genügende Ausweispapiere nicht beigebracht würden, wurde (und zwar im Einverständnisse mit dem Bundesrathe, welcher sachbezügliche Beschwerden des Tognola abwies) die Ausweisung der Familie angedroht. Nachdem ein Versuch der Familie Tognola, ein tessinisches Bürgerrecht im Wege des Einkaufes zu erwerben, trotzdem es gelang, die Bürgerrechtszusicherung der Gemeinde Grumo zu erlangen, an der Verweigerung der Naturalisation durch den Großen Rath des Kantons Tessin gescheitert war, wurde die Ausweisung der Familie vom Staatsrathe des Kantons Tessin wirklich angeordnet und am 20. September 1880 vollzogen; indeß, da der Vater Giovanni

Tognola inzwischen gestorben war, die Mutter dagegen wegen Krankheit die Bewilligung erhielt, in Biasca zu bleiben, nur gegenüber den Söhnen Cesare und Evaristo. Auch diese kehrten bald nach Biasca zurück, da die Munizipalität von Tradate sie weder anerkennen noch aufnehmen wolle. Hierauf wurde während längerer Zeit zwischen der italienischen und schweizerischen Regierung über die Nationalität der Familie Tognola verhandelt. Diese Verhandlungen führten zu keiner Anerkennung der Familie Tognola durch die italienische Regierung. Diese machte zunächst durch Note der königlichen Gesandtschaft in Bern vom 29. Juni 1881 geltend, Giovanni Tognola habe sein ursprüngliches Bürgerrecht in Gemäßheit der damals in den lombardisch-venetianischen Provinzen geltenden österreichischen Gesetzgebung, insbesondere des kaiserlichen Patents vom 24. März 1832, schon durch seine im Jahre 1847 erfolgte unbefugte Auswanderung nach dem Kanton Tessin verwirkt; abschließend beharrte sie durch Note des Ministers des Auswärtigen vom 28. Februar 1887 darauf, daß die Familie jedenfalls durch den Verzicht des Vaters Tognola das italienische Bürgerrecht vorloren habe und es der königlichen Regierung unmöglich sei, deren Glieder als italienische Unterthanen anzuerkennen, wenn sie nicht vorher alle durch das Civilgesetz vorgeschriebenen Formalitäten erfüllt haben, um ihre alte Nationalität wieder zu erwerben. Die dem Giovanni Tognola ausgestellten Pässe ändern hieran nichts, denn dieselben beruhen auf einem Irrthum hinsichtlich einer entscheidenden Thatsache. Hierauf bedrohte der Staatsrath des Kantons Tessin die Familie Tognola wiederholt mit der Ausweisung; auf Beschwerde derselben hin wurde indeß der Vollzug dieser Maßregel vom Bundesrathe sistirt, welcher nunmehr anerkannte, daß die Familie Tognola als heimatlos in der Schweiz eingebürgert werden müsse und, trotz des Widerspruchs des Staatsrathes des Kantons Tessin, am 22. Dezember 1888 den Beschluß faßte, der Kanton Tessin sei verpflichtet, den Brüdern Cesare und Evaristo Tognola das Kantonsbürgerrecht zu verschaffen und ein Gemeindebürgerrecht für dieselben auszumitteln. Dieser Beschluß beruht auf folgender Erwägung: Die Gebrüder Tognola seien als schweizerische und in der Schweiz einzubürgernde Heimatlose im

Sinne des Gesetzes vom 3. Dezember 1850 anzuerkennen, da für sie weder durch die wiederholten diplomatischen Verhandlungen des Bundesrathes noch durch die seitens der tessinischen Polizei versuchte Ausweisung die Anerkennung der italienischen Nationalität habe erzielt werden können und ihre Zuschiebung an einen dritten Staat unzulässig sei. Eine Kritik der verschiedenen ablehnenden Entscheide der italienischen Regierung sei zwecklos; es müsse anerkannt werden, daß Vater Tognola aus den von der italienischen Regierung angegebenen Gründen die italienische Nationalität verloren habe, und die Anleitung, daß die Söhne Tognola die italienische Nationalität wieder erwerben können, habe keinen Werth, da sie diese Nationalität nur durch Verlegung des bleibenden Domizils nach Italien erwerben könnten, die Nöthigung hiezu aber einer Ausweisung gleichstehen würde, die nur dann statthaft wäre, wenn die betreffenden Individuen anerkannte Ansprüche an die italienische Nationalität hätten, was indeß nicht der Fall sei. Bei dem Entscheide über die Einbürgerung der Brüder Tognola komme nur der Kanton Tessin in Frage, in welchem die Familie sich habe bilden und den längsten Aufenthalt finden können (Art. 11 Ziffer 3 leg. cit.) und dessen Behörden auch durch mangelhafte Handhabung der Fremdenpolizei die Heimatlosigkeit herbeigeführt haben (Art. 11 Ziffer 4 leg. cit.), da nicht sogleich nach Abschluß der Ehe zwischen den Eltern Tognola und dann auch bei den nachgefolgten Geburten der beiden Söhne die nöthigen Einschreibungen in der ursprünglichen italienischen Gemeinde des Vaters Tognola veranlaßt worden seien, so daß die Söhne an letzterm Orte unbekannt geblieben seien.

B. Dieser Entscheid wurde vom Staatsrath des Kantons Tessin nicht anerkannt. Im Auftrage des Bundesrathes erhob daher der eidgenössische Untersuchungsbeamte in Heimatlosensachen beim Bundesgerichte Klage mit dem Antrag: Das Bundesgericht möge den Beschluß des Bundesrathes vom 22. Dezember 1888 bestätigen und demgemäß erkennen: Es sei der Kanton Tessin zu Einbürgerung der Gebrüder Cesare und Evaristo Tognola wohnhaft in Biasca im Sinne des Bundesgesetzes vom 3. Dezember 1850 zu verfällen. Er macht in thätsächlicher und rechtlicher Beziehung die bereits in der Schlußnahme des Bundesrathes vom

22. Dezember 1888 ausgeführten Momente geltend, indem er noch beifügt: Am 17. Februar 1889 habe sich Evaristo Tognola mit der Isalina Rosetti von Biasca, geb. den 7. Mai 1867 verehelicht und es haben die Nupturienten am Tage ihrer Verehelichung als ihre Kinder anerkannt und legitimirt: 1. Linda, geboren in Biasca den 16. Januar 1885: 2. Erica, geboren den 2. Februar 1889 ebenfalls zu Biasca. Gemäß Art. 54 B.-V. erwerbe die Frau durch die Verehelichung das Heimatrecht des Mannes und durch die nachfolgende Ehe der Eltern werden vorehelich geborene Kinder derselben legitimirt und folgen somit im Sinne von Art. 11 Ziffer 1 und Art. 12 Ziffer 2 des Bundesgesetzes über die Heimatlosigkeit dem Heimatrechte des Vaters.

C. Nach Einreichung der Klageschrift bestritt des Staatsrath des Kantons Tessin zunächst die Kompetenz des Bundesgerichtes mit der Behauptung, er sei berechtigt, gegen den bundesräthlichen Beschluß an die Bundesversammlung zu rekurriren. Gemäß dem vom Bundesrathe gemachten, vom Staatsrathe des Kantons Tessin akzeptirten Vorschlage wurde hierauf das Verfahren vor Bundesgericht einstweilen sistirt und dem Staatsrathe des Kantons Tessin eine Frist zu Einreichung einer Beschwerdeschrift an die Bundesversammlung angesetzt. Die Bundesversammlung erklärte sich indeß durch Beschluß vom 20./27. Juni 1890 für inkompetent. Hierauf reichte der Staatsrath des Kantons Tessin seine einläßliche Antwort ein, in welcher er den Antrag stellt: Das Bundesgericht möge den Entscheid des Bundesrathes vom 22. Dezember 1888, durch welchen die Aufnahme der Brüder Cesare und Evaristo Tognola in das Bürgerrecht des Kantons Tessin verfügt wird, aufheben. Zur Begründung führt er im Wesentlichen folgendes aus: Es sei unrichtig, daß die Gemeindsbehörde von Biasca die Geburt der Söhne Tognola dem Civilstandeamte von Tradate nicht rechtzeitig mitgetheilt habe. Aus einer Erklärung der Gemeindebehörde von Tradate vom 3. März 1860 gehe hervor, daß der Sohn Cesare dort in den Bevölkerungslisten figurire, woraus sich unzweifelhaft ergebe, daß die Ehe des Giovanni Tognola und die Geburt des Sohnes Cesare seien angezeigt worden. Danach spreche die Präsumtion dafür, daß auch

die Geburt des andern Sohnes Evariſto angezeigt worden ſei. Uebrigens ſei dies völlig irrelevant; die italieniſche Herkunft der Gebrüder Tognola ſei nach den Beſtimmungen des italieniſchen Civilgeſetzes leicht zu beweiſen und werde von der italieniſchen Regierung gar nicht beſtritten. Dieſe behaupte nur, daß die ganze Familie Tognola in Folge des vom Vater Tognola ausgeſprochenen Verzichtes das italieniſche Bürgerrecht verloren habe. Dies werde nun allerdings von den ſchweizeriſchen Behörden mit Erfolg nicht beſtritten werden können; allein daraus folge nicht die Verpflichtung der ſchweizeriſchen Eidgenoſſenſchaft oder des Kantons Teſſin, dieſe Familie einzubürgern. Die einzig richtige Löſung ſei vielmehr die, daß die Brüder Tognola ausgewieſen und dadurch gezwungen werden, die paſſenden Schritte zum Wiedererwerb des italieniſchen Bürgerrechts zu thun. Der Vater Giovanni Tognola ſei ſtetsfort, bis zum Jahre 1878 mit den nöthigen, periodiſch von der kompetenten italieniſchen Behörde ausgeſtellten Ausweispapieren verſehen geweſen und habe ſich daher unter dem Schutze der mit Italien beſtehenden Staatsverträge im Kanton Teſſin aufgehalten; ſeine ehelichen Söhne ſeien ebenfalls als Italiener geboren. Der insgeheim erfolgte Verzicht des Giovanni Tognola auf das italieniſche Bürgerrecht begründe für ihn und ſeine Nachkommen gegenüber der ſchweizeriſchen Eidgenoſſenſchaft kein Recht; vielmehr ſei dadurch für den Kanton Teſſin das Recht der Ausweiſung erwachſen. Ein in der Schweiz lebender Ausländer könne doch nicht dadurch, daß er ſich durch freiwilligen Verzicht heimatlos mache, ſich der Schweiz als Bürger aufdrängen. Wenn übrigens auch die Gebrüder Tognola durch den Verzicht ihres Vaters ihre Eigenſchaft als italieniſche Unterthanen verloren haben, ſo können ſie doch dieſelbe gemäß den Beſtimmungen der Art. 6 und 11 des italieniſchen Civilgeſetzes wieder erwerben, ſofern ſie nur die Bedingungen des Geſetzes erfüllen. Daß die Erfüllung dieſer Bedingungen ihnen momentan läſtig fallen könnte und ſie dieſelben nicht erfüllen wollen, ſei kein Grund, ſie dem Kanton Teſſin als Heimatloſe aufzudrängen. Sie ſeien nicht Heimatloſe, welche nach Vorſchrift des Bundesgeſetzes von 1850 eingebürgert werden müßten, ſondern Perſonen, welche aus freier Wahl kein Vaterland beſitzen. Der Bundesrath behandle ſie daher

zu Unrecht als Heimatlose im Sinne des Gesetzes von 1850. Wenn er es für passend halte, dieser Familie das schweizerische Bürgerrecht zu schenken, so habe er nicht das Recht, den Kanton Tessin zu dessen Ertheilung zu verpflichten.

D. Nach Ansetzung der Frist zur Replik stellte der Bundesrath das Begehren um Fristverlängerung, um gestützt auf die mit dem 1. Juni 1890 in Kraft getretene Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Italien betreffend die gegenseitige Wiederaufnahme der Bürger und Angehörigen eines jeden der Vertragsstaaten im Falle ihrer Ausweisung aus dem Gebiete des andern Theils den Versuch zu machen, die Anerkennung der Familie Tognola durch die italienische Regierung zu erlangen. Er übermittelte hierauf eine Note des italienischen Ministers des Aeußern an den schweizerischen Minister in Rom, datirt den 29. Oktober 1890, wonach derselbe erklärt, daß die italienische Regierung bereit sei, à donner les ordres nécessaires afin qu'en vertu de la convention du 1er Juin dernier la famille Tognola soit reçue à la frontière et réadmise sur le territoire du Royaume. Mais quant au passeport dont cette famille a besoin pour continuer à séjourner en Suisse, le Gouvernement du Roi ne se trouve pas en mesure de le lui accorder, avant qu'elle ait obtenu de la manière indiquée par nos lois la nationalité italienne qu'elle a perdu et qu'elle ne pourrait pas acquérir par le seul fait du rapatriement.

E. Bei der heutigen Verhandlung halten die Vertreter beider Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Heimatlosigkeit vom 3. Dezember 1850 sind als heimatlos alle in der Schweiz befindlichen Personen zu betrachten, welche weder einem Kanton als Bürger, noch einem auswärtigen Staate als heimatberechtigt angehören. Fragt sich, ob dieser Thatbestand im vorliegenden Falle zutreffe, so steht fest, daß der Vater Giovanni Tognola ursprünglich österreichischer Unterthan, zur Zeit seines Todes dagegen heimatlos war. Es muß sich indeß fragen, wann er dies geworden sei, ob bereits durch seine im Jahre 1847 erfolgte Uebersiedelung nach dem Kanton Tessin oder erst durch seinen

Verzicht auf das italienische Bürgerrecht im Jahre 1873. Wäre ersteres der Fall, so hätte seine Ehefrau durch die im Jahre 1854 erfolgte Verehelichung ihr ursprüngliches Bürgerrecht in Biasca gemäß der bundesgerichtlichen Praxis (siehe Entscheidung in Sachen Rybinski, Amtliche Sammlung VII, Erw. 4 S. 95 u. ff.) nicht verloren, sondern dasselbe beibehalten und auch auf ihre Kinder, die gegenwärtig in Rede stehenden Gebrüder Cesare und Evaristo Tognola übertragen. Allein es ist nun dies zu verneinen. Vorerst steht nicht fest, daß die Uebersiedelung des Giovanni Tognola nach dem Kanton Tessin überhaupt als unbefugte Auswanderung im Sinne der österreichischen Gesetzgebung sich qualifizirt habe, sodann aber ist zu bemerken, daß das österreichische Patent vom 24. März 1832 den Verlust des Staatsbürgerrechts nicht ohne weiters an die Thatsache des Verlassens des Staatsgebietes ohne behördliche Bewilligung sondern erst an ein die Auswanderung feststellendes richterliches Urtheil knüpft (siehe Unger, Oesterreichisches Privatrecht II, S. 208). Ein solches Urtheil ist nun dem Giovanni Tognola gegenüber offenbar nicht ergangen; dies wie überhaupt die Fortdauer seines österreichischen Staatsbürgerrechtes ergibt sich vielmehr deutlich aus der Thatsache, daß ihm noch später, im Jahre 1857, ein österreichischer Auslandspaß ertheilt wurde. Danach war denn Giovanni Tognola bis zu dem Verzichte vom Jahre 1873 fortwährend österreichischer und, nach der Vereinigung der Lombardei mit dem Königreich Italien, italienischer Unterthan und haben auch seine Ehefrau und Kinder dieses Bürgerrecht erworben. Denn daß Frau und Kinder etwa in Folge Unterlassung der Anzeige des Eheabschlusses und der Geburt an die Heimatbehörde das Bürgerrecht des Ehemannes und Vaters nicht erworben haben, ist nicht bewiesen, da weder der Sachverhalt rücksichtlich der Verehelichungs- und Geburtsanzeigen in allen Richtungen klar gelegt, noch ein Rechtssatz, welcher an die Unterlassung solcher Anzeigen die gedachte Rechtsfolge knüpfen würde, angeführt ist. Dagegen ist denn allerdings nicht zu bezweifeln und wird auch vom Staatsrathe des Kantons Tessin nicht bestritten, daß durch den Verzicht des Vaters Giovanni Tognola vom Jahre 1873 auch dessen Ehefrau und damals noch minderjährige Söhne gemäß Art. 11 des italienischen Civil-

gesetzbuches das italienische Bürgerrecht verloren und damit, da sie ein anderweitiges Bürgerrecht nicht besitzen, heimatlos wurden. Demnach ist denn der Thatbestand des Art. 1 des Bundesgesetzes vom 3. Dezember 1850, dem Wortlaute des Gesetzes nach, gegeben. Richtig ist allerdings, daß die Gebrüder Tognola gemäß Art. 6 des italienischen Civilgesetzbuches das italienische Bürgerrecht wieder erwerben können, freilich nicht durch bloße Willenserklärung oder durch die bloße Thatsache der Abschiebung nach Italien, wohl aber durch eine in der Form des Art. 5 des italienischen Civilgesetzbuches abgegebene Erklärung in Verbindung mit der Thatsache der Rückverlegung des Domizils auf italienisches Gebiet. Richtig ist auch, daß Italien nach der Erklärung vom 1. Juni 1890 verpflichtet ist, die Gebrüder Tognola, wenn dieselben aus der Schweiz ausgewiesen würden, zu übernehmen. Allein dies ändert nichts daran, daß dieselben zur Zeit heimatlos sind, somit die Bundesbehörde, da sie in der Schweiz sich befinden, befugt ist, auf dieselben das Bundesgesetz betreffend die Heimatlosigkeit anzuwenden und sie in der Schweiz einzubürgern. Verpflichtet, wie der Bundesrath anzunehmen scheint, ist sie hiezu freilich nicht, vielmehr steht ihr gewiß in derartigen Fällen, wo ein anderer Staat einen Heimatlosen im Ausweisungsfalle zu übernehmen verbunden und gewillt ist, die Wahl zwischen Ausweisung und Einbürgerung zu. Wohl aber ist die Bundesbehörde dazu berechtigt, von einer Ausweisung abzusehen und die Einbürgerung anzuordnen. Ein bundesrechtlicher Anspruch des betheiligten Kantons auf Ausweisung besteht nicht. Den Kantonen steht allerdings im Allgemeinen das Recht zu, schriftenlose Fremde auszuweisen; allein dieses Recht wird eben wie durch etwaige Staatsverträge, so auch durch die den Bundesbehörden in Heimatlosensachen verfassungs- und gesetzmäßig zustehenden Rechte beschränkt. Ob im einzelnen Falle Ausweisung oder Einbürgerung anzuordnen sei, darüber hat das Ermessen der politischen Bundesbehörden, nicht das Bundesgericht zu entscheiden. Letzteres hat einzig das Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 1 des Heimatlosengesetzes zu prüfen. Bemerkt werden mag übrigens, daß im vorliegenden Falle, wo es sich um in der Schweiz geborene und aufgewachsene, dort mit Grundbesitz angesessene Per-

sonen handelt, welchen persönlich ein Vorwurf in Bezug auf den Verlust ihres ursprünglichen Bürgerrechts nicht gemacht werden kann und deren Familie ursprünglich jedenfalls nicht kraft staatsvertraglicher Verpflichtung im Kanton Tessin aufgenommen wurde, welche auch zum Erwerbe eines schweizerischen Bürgerrechtes durch Einkauf bereit waren, es wohl begreiflich erscheint, wenn von einer Ausweisung ist Umgang genommen und die Einbürgerung ist angeordnet worden.

2. Als Kanton der Einbürgerung kann, nach dem Sachverhalte, offenbar einzig Tessin in Betracht kommen, rücksichtlich dessen jedenfalls der Einbürgerungsgrund des Art. 11 Ziffer 3 des Heimatlosengesetzes gegeben ist. Von einer Einbürgerungspflicht des Bundes kann nicht die Rede sein (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Nydegger vom 29. Januar 1875 Erw. 3, Amtliche Sammlung I, S. 551). In welcher Gemeinde des Kantons Tessin die Gebrüder Tognola einzubürgern seien, ist nicht vom Bundesgerichte sondern von den kantonalen Behörden zu entscheiden. Hingewiesen werden mag nur auf die Bestimmung des Art. 5 des Heimatlosengesetzes, wonach Heimatlose, welche hinreichendes Vermögen besitzen, ja nach dem Belange desselben zur gänzlichen oder theilweisen Bezahlung der Einkaufssumme in das volle Bürgerrecht können angehalten werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Dem schweizerischen Bundesrathe ist das Begehren seiner Klageschrift zugesprochen und es ist mithin der Kanton Tessin verpflichtet, die Gebrüder Cesare und Evaristo Tognola, wohnhaft in Biasca, im Sinne des Art. 3 des Bundesgesetzes vom 3. Dezember 1850 einzubürgern.

II. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

18. Urtheil vom 16. Januar 1891 in Sachen Renggli gegen Einwohnergemeinde Zug.

A. Durch Urtheil vom 15. Dezember 1890 hat das Obergericht des Kantons Zug erkannt:

1. Es habe Appellatin und Vorklägerin an Appellanten für das abzutretende Gartenland von 100,3 Quadratmeter, Inkonvenienzen sammt Versetzung von Sockel und Geländer eine Totalentschädigung von 1400 Fr. zu leisten.

2. Seien die Kosten gegenseitig wettgeschlagen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff B. Renggli-Schwerzmann die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. B. Renggli-Schwerzmann in Zug ist gemäß Entscheidung des Regierungsrathes des Kantons Zug verpflichtet, der Einwohnergemeinde der Stadt Zug zu Ausführung einer Verbindungsstraße von der Vorstadt nach der Bahnhofstrafe ein Stück Gartenland (von 100,3 Quadratmeter) abzutreten. Die Parteien konnten sich über den Preis nicht einigen und die Entschädigung mußte daher richterlich festgestellt werden. Der Expropriat verlangte für das abzutretende Land und die ihm entstehenden Inkonvenienzen eine Gesammtentschädigung von 3000 Fr., während die Gemeinde blos 3 Fr. per Quadratmeter und 100 Fr. für Inkonvenienzen anerbot. Die erste Instanz (das Kantonsgericht des Kantons Zug) setzte die Entschädigung auf 1200 Fr. fest, wogegen blos der Expropriat sich beim Obergerichte des Kantons Zug beschwerte.

2. Die Weiterziehung ist gemäß Art. 29 O.-G. unzuläßig und zwar aus einem doppelten Grunde. Zunächst ist, zumal nachdem die Stadtgemeinde Zug gegen das erstinstanzliche Urtheil sich nicht beschwert hat, der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. nicht

gegeben, sodann aber ist in der Sache überall nicht eidgenössisches sondern ausschließlich kantonales Recht anwendbar. Das eidgenössische Expropriationsgesetz findet selbstverständlich keine Anwendung, da sich dasselbe, nach dem klaren Wortlaute des Art. 1, nur auf die Enteignung für Werke bezieht, welche von Bundeswegen errichtet werden oder hinsichtlich welcher die Bundesverfassung es als anwendbar erklärt hat. Ebensowenig kommt ein anderes Bundesgesetz zur Anwendung, insbesondere nicht das Obligationenrecht. Die Entschädigungspflicht des Enteigners ist zwar wohl privatrechtlicher Natur, aber sie entspringt nicht aus einem Thatbestande des Privatrechts insbesondere nicht etwa aus unerlaubter Handlung oder aus Vertrag, sondern aus einem Thatbestande des öffentlichen Rechts und wird daher in ihrer Entstehung und in ihrem Umfange nicht durch das Obligationenrecht sondern, soweit nicht das Bundesspezialgesetz anwendbar ist, durch das kantonale Recht beherrscht. (Art. 76 O.-R.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung des Beklagten wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

---

19. Urtheil vom 28. März 1891 in Sachen Lisibach gegen Zimmermann.

A. Durch Urtheil vom 26. Februar 1891 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden nid dem Wald erkannt:

1. Das Klagebegehren sei abgewiesen; dagegen wird dem Kläger für seine Bauarbeiten eine Ersatzforderung von 1000 Fr. zugesprochen, welcher Betrag im Vollen auszahlbar ist.

2. Dispositiv 2 und 3 des kantonsgerichtlichen Urtheils vom 28. Januar abhin seien bestätiget.

3. Die Gerichtsgebühr beträgt 92 Fr. 30 Cts., woran Appellant 60 Fr. und die Konkurskommission 32 Fr. 30 Cts. beizutragen hat.

4. An die außergerichtlichen Kosten vor Obergericht hat Appellant an Appellatschaft 15 Fr. zu begüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger P. Lisibach die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zwischen Paul Zimmermann und dem Kläger P. Lisibach waren im Frühjahr 1890 Verkaufsunterhandlungen über eine dem erstern gehörige Landparzelle der Liegenschaft Thurmatt in Stans gepflogen worden. Nach der Behauptung des Klägers haben sich die Parteien über den Kauf gemäß einem schriftlichen Vertragsaufsatze vollständig geeinigt. Der Kläger hat festgestelltermaßen den in letzterm Instrumente stipulirten Kaufpreis von 6547 Fr. erlegt, indem er 547 Fr. dem P. Zimmermann ausbezahlte und 6000 Fr. bei der Ersparnißkasse Nidwalden zum Zwecke der Tilgung von auf der Liegenschaft haftenden Hypothekarschulden deponirte; er hat im Fernern auf dem Grundstücke Erd- und Maurerarbeiten ausführen lassen. Nachdem nun aber P. Zimmermann am 1. Juli 1890 in Konkurs gefallen war, beanspruchte die Konkursmasse desselben das Eigenthum an dem Grundstücke für sich, indem sie behauptete, es sei ein gültiger Kaufvertrag nicht zu Stande gekommen. P. Lisibach klagte hierauf gegen die Konkursmasse Zimmermann dahin, dieselbe sei rechtlich verpflichtet, den zwischen dem falliten Paul Zimmermann als Verkäufer und ihm, Lisibach, als Käufer im April dieses Jahres zu den in der bei den Akten liegenden Verkaufsstrazze näher bezeichneten Bedingungen um eine Parzelle Land von der Liegenschaft Thurmatt abgeschlossenen Kaufvertrag als rechtsgültig anzuerkennen, eventuell habe Beklagtschaft an den Kläger die von diesem geleistete Zahlung im Betrag von 6547 Fr. nebst Zins zurückzuerstatten und derselbe sei für erstellte Bauarbeiten sowie wegen Schädigung in Folge Nichthaltung des Vertrages mit 3000 Fr. zu entschädigen. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an mit dem Beifügen, das Depositum von 6000 Fr. sei stets als Eigenthum des Klägers betrachtet worden und bezüglich der dem Konkursiten ausbezahlten 547 Fr. werde der Kläger als allgemeiner Kreditor betrachtet. Die erste Instanz hat die Klage abgewiesen. Ein gültiger Kaufvertrag sei mangels Erfüllung der kantonalgesetzlich für Liegenschaftskäufe bei Strafe der Nichtigkeit vorge-

schriebenen Formen (Verschreibung durch die Kanzlei oder unverwerfliche Zeugen und Unterzeichnung des Vertrages durch alle sich verpflichtenden Parteien) nicht zu Stande gekommen. Sei aber der Vertrag ungültig, so könne auch keine Entschädigung wegen Nichterfüllung desselben verlangt werden. Die Rückerstattung des Depositums vom 6000 Fr. sei nicht bestritten; ebenso habe die Beklagte anerkannt, daß der Kläger die dem Konkursiten bezahlten 547 Fr. als Konkursgläubiger zurückfordern könne; mit dieser Anerkennung müsse sich der Kläger begnügen, da er für seine Ansprache ein Vorrecht nicht besitze. Dagegen sei allerdings auszusprechen, daß dem Kläger eine Ersatzforderung insoweit zustehe, als der Beklagten aus den von ihm ausgeführten Bauten ein Vortheil erwachsen, dieselbe also nach Art. 70 O.-R. bereichert sein sollte. Eine sachbezügliche Ansprache sei in concreto nicht erhoben und daher zur Zeit noch nicht zu beurtheilen. Die zweite Instanz hat durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil diese Entscheidung bestätigt, mit der einzigen Abänderung, daß sie die von der ersten Instanz einem spätern Verfahren vorbehaltene Ersatzforderung des Klägers für die von ihm ausgeführten Bauarbeiten beurtheilt und im Betrage von 1000 Fr. gutgeheißen hat. Dieselbe führt aus: Lisibach habe im Glauben an das Zustandekommen des Kaufes bauliche Arbeiten ausgeführt, welche, wie der Augenschein zeige, den Gutswerth vermehren. Zu Vermeidung weiterer Streitigkeiten anempfehle es sich, ihm hiefür eine Entschädigung bereits jetzt zuzusprechen. Gestützt auf den Augenschein und die Zeugenaussagen, sei dieselbe nach freiem richterlichem Ermessen auf 1000 Fr. festzusetzen.

2. In erster Linie und von Amteswegen muß geprüft werden, ob das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde überhaupt kompetent sei. Klar ist nun, daß, insoweit es sich um den Anspruch auf Erfüllung des Liegenschaftskaufes handelt, gemäß Art. 231 Abs. 1 O.-R. nicht eidgenössisches sondern kantonales Recht anwendbar und daher das Bundesgericht gemäß Art. 29 O.-G. nicht kompetent ist. Das gleiche gilt auch insoweit die Klage Schadenersatz wegen Nichterfüllung dieses Kaufvertrages verlangt. Auch dieser Anspruch ist ein solcher aus Vertrag d. h. eben aus dem Liegenschaftskaufe und nicht etwa ein Deliktsanspruch und untersteht daher, wie das Bundesgericht schon mehrfach

entschieden hat, nicht dem die Ansprüche aus unerlaubter Handlung regelnden eidgenössischen Obligationenrechte, sondern vielmehr dem kantonalen Rechte, welches den Liegenschaftskauf, die Folgen der Nichterfüllung ebensowohl wie die Voraussetzungen seiner Gültigkeit, beherrscht. Daß wenn der Liegenschaftskauf, wie die kantonalen Gerichte entschieden haben nach dem maßgebenden kantonalen Rechte ungültig, für den Verkäufer und folgeweise für dessen Konkursmasse unverbindlich war, in der Nichterfüllung desselben eine, nach Art. 50 u. ff. O.-R. zum Schadenersatze verpflichtende, unerlaubte Handlung nicht liegen kann, springt in die Augen. Es ist ja in der That evident, daß die Nichterfüllung eines rechtsungültigen Vertrages sich nicht als rechtswidrige Handlung qualifizirt.

3. Danach kann sich denn (da der eventuelle Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Kaufpreiszahlung niemals bestritten war) nur noch fragen, ob die Ersatzforderung des Klägers für die von ihm auf dem Grundstücke ausgeführten Bauarbeiten in die Kompetenz des Bundesgerichtes falle. Es mag nun dahin gestellt bleiben, inwiefern in dieser Richtung die Vorschriften des eidgenössischen Obligationenrechtes über ungerechtfertigte Bereicherung oder aber die Regeln des kantonalen Sachenrechts über den Ersatzanspruch des gutgläubigen Besitzers für Verwendungen auf die Sache maßgebend seien. Denn jedenfalls mangelt in dieser Beziehung der gesetzliche Streitwerth. Der Kläger hat seine Forderung auf Ersatz für bauliche Veränderungen mit derjenigen auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages in Einem Posten zusammengefaßt und beide Forderungen zusammen auf 3000 Fr. beziffert. Es ist daher klar, daß die erstere Forderung für sich allein den zur Weiterziehung an das Bundesgericht erforderlichen Streitwerth von 3000 Fr. nicht erreicht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung des Klägers wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 26. Februar 1891 sein Bewenden.

20. Urtheil vom 31. Januar 1891 in Sachen Vogel gegen Drexler und Genossen.

A. Durch Urtheil vom 19. November 1890 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Die Kläger seien bei ihrer im Konkurse über Peter Vogel in Klasse V Ziffer 12 litt. a, b und c gemachten Eingabe: Gültvindikation von 51,000 Fr. gerichtlich nicht beschützt und daher Beklagte mit ihrer dagegen erhobenen Bestreitung nicht abgewiesen.

2. Kläger haben die Prozeßkosten in beiden Instanzen zu bezahlen und demnach an die Beklagten eine Kostenvergütung zu leisten von 274 Fr. 55 Cts, wobei 47 Fr. 30 Cts. vorgeschossene erstinstanzliche Judizialien inbegriffen sind.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Klägerinnen an Herrn Fürsprech R. Scherrer 194 Fr. 80 Cts.

b. Beklagte an Herrn Fürsprech Dr. Weibel 274 Fr. 55 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerinnen vindiziren im Konkurse ihres Vaters Peter Vogel verschiedene, in dem angefochtenen Urtheile näher bezeichnete, Gülten im Gesammtbetrage von 51,000 Fr., welche ihnen von ihrem Vater abgetreten worden seien. Die Gültinstrumente ebenso wie die dazu gehörigen Abtretungsurkunden waren bei einer gegen Peter Vogel in dessen Wohnung stattgefundenen Hausdurchsuchung dem amtirenden Beamten von einem Mitbewohner des Hauses mit dem Bemerken herausgegeben worden, Peter Vogel habe ihm dieselben zur Aufbewahrung übergeben. In den Abtretungsurkunden ist bemerkt: Peter Vogel trete die Gülten seinen beiden Töchtern „eigenthümlich ohne Entgelt ab, für Unterhalt ihrem struppirten Zustande." Beide Vorinstanzen haben die, von den Beklagten bestrittene, Vindikationsklage abgewiesen, mit der Bemerkung: Die Abtretung sei schenkungsweise geschehen. Als Schenkung von Hand zu Hand im Sinne des § 564 des

luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches könne aber das Geschäft nicht aufrecht erhalten werden, da die Gülten den Klägerinnen thatsächlich nicht seien übergeben worden. Als Schenkungsvertrag im Sinne des § 570 code. aufgefaßt, wäre der Abtretungsakt formell ungenügend, da die Erklärung der Annahme der Schenkung von Seite der Beschenkten fehle. Auch als gewöhnliche Abtretung, also von dem speziellen Grunde der Zuwendung schenkungshalber abgesehen, könne das Geschäft nicht beschützt werden, da eine Besitzesübertragung nicht stattgefunden habe.

2. Die Beschwerde ist ohne weiters, ohne daß eine vorherige mündliche Verhandlung nothwendig wäre, wegen Inkompetenz des Gerichtes zurückzuweisen. Im Streite liegt einerseits, ob das der behaupteten Abtretung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, andrerseits ob dies auch vorausgesetzt, die Abtretung selbst gültig sei, d. h. eine rechtswirksame Uebereignung stattgefunden habe. In beiden Richtungen entscheidet kantonales und nicht eidgenössisches Recht. Denn: Das der Abtretung zu Grunde liegende Geschäft ist zweifellos eine Schenkung; die Schenkung aber, speziell, worum es sich hier handelt, deren Form regelt sich nach kantonalem Rechte (Art. 10 O.-R.). Sodann sind Gegenstand der behaupteten Abtretung, Gülten, also grundversicherte Forderungen; für deren Abtretung, die Formen der Uebereignung u. s. w., ist nach Art. 198 O.-R. ebenfalls das kantonale Recht vorbehalten. Das Bundesgericht ist somit gemäß Art. 29 O.-G. nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung der Klägerinnen wird mangels Kompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten und es hat somit in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 19. November 1890 sein Bewenden.

21. *Arrêt du 31 Janvier 1891 dans la cause Laiterie de Ried contre Maeder et consorts.*

Par arrêt du 22 Décembre 1890, la Cour d'Appel du canton de Fribourg a prononcé ce qui suit, dans la cause pendante entre les sociétés de laiterie de Ried, et Ried, Agrimoine et Buchillon, contre Jean Mæder, syndic à Agrimoine, et Frédéric-Samuel et Jean Gutknecht à Oberried :

» Jean Mæder, syndic à Agrimoine, et Fritz-Samuel et » Jean Gutknecht, fils de Jacob Gutknecht dit Mæders, sont » admis tant dans leurs conclusions libératoires, à l'encontre » des exceptions soulevées par les acteurs et cumulées avec » le fond, que dans leur conclusion active sur le fond ;

« La société de laiterie en liquidation de Ried et la nou- » velle société de laiterie de Ried, Agrimoine et Buchillon, » partant, sont déboutées de leurs conclusions concernant » leurs exceptions et la défense sur le fond, ce avec suite » de frais. »

Les sociétés de laiterie prémentionnées ont recouru, par déclaration du 5 Janvier 1891, au Tribunal fédéral contre cet arrêt, et repris les conclusions exceptionnelles et libératoires par elles formulées devant les instances cantonales.

Statuant et considérant :

En fait :

1° La société de laiterie de Ried a été fondée en 1867, pour une durée illimitée, par statuts du 6 Février de dite année, approuvés par le Conseil d'Etat de Fribourg le 12 Juin 1869 et enregistrés le 16 dit. Aux termes de l'art. 22 de ces statuts, l'administration des affaires de la société est exercée par l'Assemblée générale, ainsi que par une commission de 5 membres nommée par cette Assemblée.

Le 22 Décembre 1887, la société de laiterie de Ried a décidé sa dissolution, laquelle fut inscrite au registre du commerce le 26 Décembre 1887, avec mention des cinq membres de la Commission chargée de la liquidation ; la publication

y relative eut lieu dans la *Feuille officielle* du 3 Janvier 1888.

Dans le N° 52 de la même Feuille et dans le journal le *Murtenbieter* du même jour (27 Décembre 1887) l'avocat Dr Wattelet, au nom de la Commission de liquidation, a publié une annonce portant que les immeubles Nos 2302 et 1507, appartenant à la société de laiterie de Ried, seraient exposés aux enchères publiques au dit lieu le 7 Janvier 1888.

Fondés sur une déclaration de dite société, contenue dans une notification du 8 Novembre précédent, d'après laquelle sa situation financière présentait un déficit de plus de 3000 fr, Jean Mæder et consorts, s'estimant, en outre, créanciers de la société, ont demandé sous date du 4 Janvier 1888 la liquidation juridique des biens de cette dernière. Cette demande de discussion fut transmise au Tribunal cantonal. Le 6 Janvier 1888, le juge liquidateur a fait notifier à l'avocat Wattelet une défense de procéder aux enchères fixées aux lendemain.

Le 7 Janvier, à $5^1/_2$ heures du soir, la Commission de liquidation de la société de laiterie de Ried informa le Président du Tribunal qu'elle envisageait cette défense comme nulle et de nul effet, et qu'elle tiendra la mise annoncée.

Cette mise avait eu lieu, en effet, dans la journée du 7 Janvier et Samuel Etter, dit Hans Weber's, au nom de la nouvelle société de laiterie de Ried, Agrimoine et Buchillon, se rendit adjudicataire des immeubles exposés, pour le prix de 13 000 fr.

Par arrêt du 13 Janvier 1888, le Tribunal cantonal a écarté la demande de liquidation juridique des biens de la société de laiterie de Ried, attendu que Jean Mæder et consorts n'ont pas qualité pour demander cette faillite, et que d'ailleurs, vu le prix atteint par les immeubles aux enchères, il n'est pas établi que le passif de la société dépasse son actif.

La nouvelle société de laiterie de Ried, Agrimoine et Buchillon se fit inscrire au registre du commerce le 16 Janvier 1888, et le lendemain, 17 dit, il a été passé à la vente à

cette nouvelle société des immeubles précités; l'inscription de cette vente fut toutefois refusée au contrôle des hypothèques de Morat en présence d'une défense juridique.

Le 25 Juillet 1888 J. Mæder et consorts ont intenté à la société de la laiterie de Ried en liquidation et à Samuel Etter dit Hans Weber's, une action civile concluant à ce qu'ils soient condamnés à reconnaître la nullité des opérations de mises et de licitation du 7 Janvier précédent. Par arrêt du 29 Mai 1889, et ensuite d'évocation en garantie, la nouvelle société de Ried, Agrimoine et Buchillon a pris place au procès pour Samuel Etter prénommé.

Le 20 Juin 1890, et après que les parties eurent formulé diverses exceptions et contre-exceptions, le tribunal de district du Lac prononça en la cause, soit sur la question de savoir si Jean Mæder, syndic à Agrimoine, et consorts sont fondés à conclure à ce que la société de laiterie de Ried en liquidation et Samuel Etter, soit sa garante la nouvelle société de laiterie de Ried, Agrimoine et Buchillon, soient condamnés à reconnaître la nullité des opérations de mises et de licitation auxquelles ils se sont livrés relativement aux art. 2302 et 1507 *B* du cadastre de la commune de Ried, notamment de l'adjucation qui s'en est suivie sous date du 7 Janvier 1888 et de la vente qui en a pu être la conséquence, ou si les sociétés prénommées sont fondées à opposer à cette demande les exceptions péremptoires qu'elles tirent: 1° de la nullité de la défense du 6 Janvier 1888; 2° de l'arrêt du Tribunal cantonal du 13 Janvier 1888; 3° du fait que les demandeurs n'auraient pas qualité pour intenter ce procès, soit de la décision de l'assemblée générale du 22 Décembre 1887, et si les dites sociétés sont fondées dans leur conclusion libératoire, ou si les demandeurs doivent être admis dans leur contre-exception tirée de ce que les défendeurs n'ont articulé aucun fait à l'appui de dites exceptions.

Le tribunal du Lac, dans son dit jugement du 20 Juin 1890, a admis les demandeurs Jean Mæder et consorts tant dans leurs conclusions libératoires à l'encontre des exceptions soulevées, que dans leur conclusion sur le fond, et débouté

les sociétés de laiterie concernant leurs exceptions et la défense sur le fond. Ce jugement a été confirmé par l'arrêt de la Cour d'Appel du 22 Décembre 1890 dont est actuellement recours devant le Tribunal de céans.

En droit :

2° Le Tribunal fédéral doit examiner d'office la question de sa compétence. Le recours est dirigé contre un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale dans un procès civil, dont la valeur en capital dépasse 3000 francs. En revanche la troisième condition posée à l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale pour justifier la compétence du Tribunal de céans, à savoir le réquisit de l'applicabilité des lois fédérales, n'est pas réalisé en l'espèce.

En effet:

3° Le litige porte sur la validité ou la nullité de la vente aux enchères d'immeubles, stipulée le 7 Janvier 1888 par la société de laiterie de Ried en liquidation, venderesse, en faveur de Samuel Etter au nom de la nouvelle société de laiterie de Ried, Agrimoine et Buchillon, et reçue Friolet notaire à Morat le 17 du même mois. Or l'art. 231 C. O. édicte que les ventes d'immeubles sont régies par le droit cantonal, et le Tribunal fédéral a interprété cette disposition dans ce sens que les contrats de vente d'immeubles ne sont régis à aucun égard par le Code fédéral des obligations, pas plus en ce qui concerne les dispositions générales, que celles concernant la vente spécialement, mais par le droit cantonal, à moins qu'il n'en soit statué différemment par d'autres lois fédérales, comme par exemple par la loi sur la capacité civile du 22 Juin 1881. (Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Mikolajezak contre Brunner du 3 Décembre 1887, *Recueil officiel* XIII p. 506 n.) Comme tel n'est pas le cas dans le procès actuel, ainsi qu'il sera dit plus loin, la cause n'appelle point, conformément à l'art. 231 précité, l'application des lois fédérales.

4° Abstraction faite de cet article, le litige est exclusivement régi par le droit cantonal. La validité de la vente aux enchères et de l'acte notarié qui l'a suivie, a été contestée

par les demandeurs par le motif que les dites enchères avaient eu lieu, le 7 Janvier 1888, à l'encontre d'une défense émanée du président du Tribunal du district du Lac, et datée du 6 dit, défense intimée, en conformité de la loi fribourgeoise sur la discussion des biens, attendu que la mise en faillite de la société de laiterie de Ried avait été demandée le 4 du même mois. A teneur du code de la discussion des biens, la demande de discussion est en effet présentée au président du tribunal d'arrondissement, et ce magistrat, aux termes de l'article 5 *ibidem*, doit prendre immédiatement après la remise de la dite demande, toutes les mesures conservatoires nécessaires, et transmettre ensuite les pièces, avec son préavis, au tribunal cantonal. Dans l'espèce, le tribunal cantonal a écarté, sous date du 13 Janvier 1888, la demande de mise en faillite, et la partie demanderesse a opposé que la défense de procéder aux enchères était entachée d'invalidité, et que même en dehors de ce moyen, les enchères et l'acte de vente étaient en tout cas valables, puisque la prédite défense est tombée ensuite de l'arrêt du 13 Janvier susvisé.

Il est évident que toutes ces questions relèvent uniquement du droit cantonal, et en particulier des dispositions de la législation fribourgeoise en matière de faillite, et non pas du droit fédéral. Spécialement la loi fédérale sur la capacité civile n'est d'aucune application en la cause, la défense de procéder aux enchères n'entraînant aucune suppression de restriction de la capacité civile, mais seulement la suspension, intimée à la commission de liquidation de la Société de laiterie de Ried, de la faculté d'aliéner les immeubles de celle-ci pendant la durée de la défense.

5. La partie défenderesse a contesté, enfin, aux demandeurs leur qualité pour agir comme membres de la société de laiterie de Ried dans le procès actuel, et, à l'appui de cette exception, elle a invoqué plusieurs articles du Code des obligations sur les associations. Le Code des obligations n'est, toutefois, d'aucune application à cet égard dans l'espèce, attendu que la prédite société a été fondée en 1867, soit avant l'entrée

en vigueur de ce code, pour une durée illimitée, et que ses statuts, datés du 6 Février 1867, sont demeurés depuis sans aucun changement. Il en résulte que la force obligatoire et les effets de ce contrat d'association sont régis, en ce qui concerne les rapports entre les associés et l'association, non par les dispositions du code fédéral précité, mais par le droit cantonal antérieur, sous l'empire duquel le dit contrat a été lié (art. 882 al. 1 et 2 C. O.). Ce principe a déjà été admis par le Tribunal de céans dans une espèce analogue, relativement aux effets du contrat de société. (Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Vogel et Brunner, *Recueil officiel* XVI 353 ss.)

6° Il ressort de ce qui précède que le droit fédéral n'étant pas applicable à la cause, le Tribunal fédéral est incompétent pour statuer sur le recours, soit pour soumettre à son contrôle l'arrêt rendu par la dernière instance cantonale fribourgeoise.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours, pour cause d'incompétence, et l'arrêt de la Cour d'Appel du canton de Fribourg, du 26 Décembre 1880, demeure en force tant au fond que sur les dépens.

---

22. *Arrêt du 24 Janvier 1891 dans la cause Swift contre Degrange & Cie.*

Attendu que le demandeur W. H. Swift avait conclu devant le Tribunal de prud'hommes de première instance, Groupe X, à ce qu'il lui plaise condamner les défendeurs: 1° à lui payer avec intérêts et dépens la somme de 21250 francs pour rupture de la convention intervenue entre les parties le 28 Décembre 1889 pour le terme de cinq ans. 2° A ouïr déclarer nulle et de nul effet la clause des conventions, aux termes de laquelle Swift s'engageait à ne s'intéresser ni di-

rectement ni indirectement dans aucune autre fabrique similaire en Suisse, pendant l'espace de dix ans au moins à partir de sa sortie de la maison Degrange & Cie. 3° A payer au requérant le 5% sur les bénéfices annuels nets de la fabrique pendant les années 1887 à 1890; déclarer résiliées, par la faute de Degrange & Cie, les conventions intervenues entre parties.

Attendu que le dit tribunal, statuant par jugement du 10 Décembre 1890, confirmé par arrêt de la Chambre d'Appel des prud'hommes du 19 dit, a prononcé que Swift est débouté de sa demande en indemnité, qu'il ne pourra exercer dans une maison similaire en Suisse qu'après l'expiration du délai de dix ans à partir du 30 Septembre 1890; qu'en ce qui concerne la troisième conclusion de la demande, le Tribunal a désigné un expert aux fins d'examiner les bilans de la maison Ch. Degrange & Cie, et de dire quels sont les bénéfices réalisés par la dite maison pendant les années 1887 à 1890; que le dit Tribunal a « renvoyé à statuer sur ce point, jusque après le dépôt du rapport d'expertise. »

Attendu que, comme le Tribunal fédéral l'a déjà déclaré dans ses arrêts du 8 Juin 1888 en la cause Dubied c. Knopfe du 29 Novembre 1890 en la cause de Zinowieff c. Delay, et du 23 Janvier 1891 en la cause de Stoutz et consorts c. Pittet-Jordan, les jugements qui ne statuent définitivement que sur quelques-unes des conclusions prises dans une demande, ou qui, en cas de demande reconventionnelle, ne prononcent que sur la demande principale ou sur la demande reconventionnelle, ne sauraient être portés par voie de recours civil devant le Tribunal de céans, avant que le Tribunal cantonal de dernière instance ait tranché tous les points du litige.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Il n'est pas entré en matière sur le recours du sieur W. H. Swift.

23. Urtheil vom 20. März 1891 in Sachen Mösle gegen Marty.

A. Durch Urtheil vom 12. Dezember 1890 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger Marty-Raschle 1600 Fr. nebst Zins à 5 % seit 8. September 1890 zu bezahlen; die Mehrforderung ist abgewiesen.

2. Die Klage der Aktiengesellschaft „Stella" wird in Folge dieses Entscheides als dahin gefallen betrachtet, ebenso die Widerklage.

3. Die Staatsgebühr ist auf 200 Fr. festgesetzt.

4. Die Kosten des Prozesses sind den Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte und Widerkläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beschließt das Gericht, es sei zunächst über die Frage der Kompetenz des Bundesgerichtes gesondert zu verhandeln. Der Anwalt des Beklagten und Widerklägers beantragt hierauf, das Bundesgericht wolle sich kompetent erklären und die Appellation in vollem Umfange gutheißen. Dagegen trägt der Anwalt der Kläger und Widerbeklagten darauf an, das Bundesgericht wolle auf das Rechtsmittel der Gegenpartei nicht eintreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Für die Kompetenz des Bundesgerichtes sind die Begehren maßgebend, wie sie von den Parteien vor der Vorinstanz gestellt und von dieser beurtheilt wurden, nicht etwaige Erklärungen vor Friedensrichteramt. Vor Gericht nun hat Marty-Raschle den auf Rückerstattung irrthümlich zu viel bezahlter 2689 Fr. 05 Cts. nebst Zins à 5 % seit 8. September 1890 gerichteten Klageanspruch, zunächst in eigenem Namen und blos eventuell, sofern ihm die Sachlegitimation sollte abgesprochen werden, Namens der Aktiengesellschaft „Stella" erhoben. Der Beklagte hat auf Abweisung beider Klagen angetragen und eventuell gegen die zweite Klägerin, die Aktiengesellschaft „Stella", Widerklage auf Zahlung

weiterer 5000 Fr. außer den schon bezahlten 5766 Fr. 65 Cts. erhoben. Die Vorinstanz hat in ihrem Fakt. A erwähnten Urtheil, die Klage des Marty-Raschle theilweise gutgeheißen und in Folge dessen die blos eventuell für den Fall der Verneinung der Sachlegitimation des Marty-Raschle erhobene Klage der Aktiengesellschaft „Stella" und damit auch die lediglich gegen letztere gerichtete Widerklage als dahingefallen erklärt.

2. Demgemäß ist das Bundesgericht zur Beurtheilung der Beschwerde wegen mangelnden Streitwerthes nicht kompetent.

Allerdings hatte der Beklagte der Klage der Aktiengesellschaft „Stella" eine, den bundesgerichtlichen Streitwerth erreichende, Widerklage entgegengestellt und es besteht zwischen dieser Widerklage und der Vorklage der „Stella" wohl ein Präjudizialverhältniß, so daß das Bundesgericht gemäß feststehender Praxis zur Beurtheilung dieser beiden Klagen kompetent wäre. Allein die Vorklage der „Stella" ist nun eben nur bedingt erhoben worden und es ist die Bedingung, unter welcher einzig sie rechtshängig werden sollte, nämlich die richterliche Verneinung der Aktivlegitimation des Klägers Marty-Raschle, nicht eingetreten. Daher war denn über die Klage der „Stella" und damit auch über die einzig gegen diese gerichtete Widerklage des Beklagten, vom Vorderrichter, wie geschehen, gar nicht mehr zu entscheiden, sondern einfach auszusprechen, daß dieselbe wegen Ausfalls der Bedingung, unter welcher die „Stella" ihre Vorklage erhoben hatte, dahinfalle.

Die Klage des Marty-Raschle sodann, welche allein unbedingt erhoben und über welche einzig vom Richter zu entscheiden war, erreicht den bundesgerichtlichen Streitwerth nicht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung des Beklagten und Widerklägers wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 12. Dezember 1890 sein Bewenden.

III. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

24. Urtheil vom 16. Januar 1891 in Sachen Heß gegen Badische Bahnen.

A. Durch Urtheil vom 13. November 1890 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Die Kosten fallen in Folge Ertheilung des Armenrechtes dahin. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes von Baselstadt ging dahin: Beklagte ist zu Zahlung von 103 Fr. 35 Cts. verurtheilt. Mit seiner Mehrforderung ist der Kläger abgewiesen. Die Kosten fallen in Folge Ertheilung des Armenrechtes dahin. Das Honorar des Experten wird festgestellt auf 15 Fr.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Beide Parteien haben auf Vertretung bei der mündlichen Verhandlung verzichtet. Der Vertreter des Klägers behauptet in schriftlicher Eingabe, daß ein bleibender Schaden des Kägers durch ein ärztliches Gutachten nachgewiesen und daß der Unfall durch die Beklagte respektive einen ihrer Angestellten verschuldet sei, so daß, da der Unfall sich, „beim Betriebe" ereignet habe, Art. 7 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes zur Anwendung komme. Der Vertreter der Beklagten dagegen bemerkt, die Entscheidung des Basler Richters beruhe lediglich auf Feststellung der Thatsache, daß die ärztlichen Gutachten einen bleibenden Nachtheil nicht konstatirt haben, daß also ein Rekursgrund rechtlicher Natur nicht vorliege und schon deßhalb der Rekurs abzuweisen sein dürfte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der in der Betriebswerkstätte der badischen Bahn in Basel mit einem Taglohn von 2 Mk. 80 Pfg. (3 Fr. 50 Cts.) angestellte Kläger arbeitete am 9. August 1889 an einem auf dem Reparaturgeleise stehenden Wagen. In kurzer Entfernung (circa 35 Cm.) davon stand ein anderer Wagen. Im Momente, wo Heß zwischen diesen beiden Wagen hindurchschritt, wurde ein dritter Wagen auf das Geleise gestoßen und dadurch ein Zusammenstoß der beiden stillstehenden Wagen herbeigeführt. Heß gerieth zwischen die Puffer, wurde gequetscht und erlitt einige Rippenbrüche. Er verlangte für den ihm hieraus entstandenen Schaden von der Beklagten eine Entschädigung von 3103 Fr. 35 Cts., nämlich 3000 Fr. für dauernde Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit und 103 Fr. 35 Cts. für zeitweise gänzliche Arbeitsunfähigkeit und Heilungskosten. Die beiden kantonalen Instanzen haben, unter Verwerfung der von der Beklagten in erster Linie erhobenen Einrede des Selbstverschuldens, die Klage bis zum Belaufe von 103 Fr. 35 Cts. gutgeheißen, weil durch die verschiedenen ärztlichen Gutachten festgestellt sei, daß dem Kläger aus dem Unfalle keine bleibende Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit erwachsen sei. In der zweiten kantonalen Instanz hat er sich auch auf Art. 7 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes berufen, da der Unfall durch ein grobes Verschulden des Bahnangestellten Schmieg herbeigeführt worden sei, welcher das betreffende Manöver leitete. Die Beklagte bestritt, daß der Unfall sich „beim Betriebe" ihrer Eisenbahn ereignet habe; es handle sich vielmehr um eine Hülfsarbeit zum Betriebe und es sei daher nicht das Eisenbahnhaftpflichtgesetz, sondern das erweiterte Haftpflichtgesetz anwendbar.

2. Es ist dem Kläger zuzugeben, daß der Unfall sich „beim Betriebe" der Eisenbahn der Beklagten ereignet hat und somit das Eisenbahnhaftpflichtgesetz anwendbar ist. Denn der Unfall wurde durch das Rangiren von Wagen herbeigeführt; solche Manöver aber gehören, da es sich dabei um eine Beförderung auf dem Schienengeleise handelt, nach konstanter Praxis zum Eisenbahnbetrieb. Es ist dies übrigens für die Entscheidung des vorlegenden Falles nicht von wesentlicher Bedeutung. Denn Art. 7 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes findet jedenfalls keine Anwendung. Vor der

ersten kantonalen Instanz hatte der Kläger selbst blos Ersatz eines Vermögensschadens, nicht aber Zuspruch auch einer angemessenen Geldsumme im Sinne des Art. 7 cit. verlangt und eine grobe Fahrlässigkeit der Transportanstalt oder ihrer Leute gar nicht behauptet. Eine solche liegt denn übrigens auch wirklich nicht vor. Zwar mag zugegeben werden, daß den Werkführer Schmieg ein Verschulden trifft, indem er das Anschieben eines Wagens anordnete, ohne das bei den stillstehenden Wagen beschäftigte Personal hievon vorher besonders zu verständigen. Allein zu grober Fahrlässigkeit kann ihm diese Unterlassung immerhin nicht angerechnet werden, denn, nach Lage der Sache, insbesondere nach der vom Kläger eingenommenen Stellung, konnte der Werkführer zu der Ansicht gelangen, der letztere habe die Ausführung des Manövers selbst bemerkt.

3. Kann es sich somit nur um Ersatz eines Vermögensschadens handeln, so ist die vorinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Die Einrede des Selbstverschuldens, sofern dieselbe überhaupt noch (gegenüber dem klägerischen Antrage auf Erhöhung der Entschädigung) festgehalten wird, ist zwar unbegründet. Denn es ist nicht dargethan, daß das Durchgehen zwischen den Puffern nahe beieinander befindlicher stillstehender Wagen allgemein speziell auch für die Vornahme von Reparaturarbeiten, reglementarisch untersagt war und es kann darin auch nicht unter allen Umständen eine, jedem ordentlichen Eisenbahnarbeiter von selbst, ohne reglementarisches Verbot als unstatthaft erscheinende unvorsichtige Handlung erblickt werden. Unter den gegebenen Verhältnissen, wo es sich um Wagen, die zur Reparatur auf dem Reparaturgeleise standen, handelt, war vielmehr der Kläger gewiß berechtigt, anzunehmen, daß dieselben nicht, ohne vorherige deutliche Warnung des mit der Reparatur beschäftigten Arbeitspersonals, in Bewegung werden gesetzt werden. Daß eine solche deutliche Warnung erfolgt sei oder der Kläger bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit das Heranschieben eines Wagens selbst hätte bemerken müssen, ist nicht dargethan. Wegen Selbstverschuldens kann also, wie gesagt, dem Kläger die von ihm begehrte Entschädigung für dauernde Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit nicht verweigert werden. Dagegen muß dies deßhalb geschehen,

weil nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen eine dauernde Verminderung der Arbeitsfähigkeit des Klägers überhaupt nicht eingetreten ist. Die Vorinstanzen sprechen aus, durch die verschiedenen ärztlichen Gutachten sei festgestellt, daß dem Kläger aus dem Unfalle vom 9. August 1889 keine bleibende Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit erwachsen sei. Diese Feststellung ist rein thatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht gemäß Art. 30 O.-G. verbindlich; sie beruht nicht etwa auf einer unrichtigen rechtlichen Auffassung des Begriffes der Erwerbsfähigkeit sondern auf der thatsächlichen Annahme, es sei durch den Unfall für den Kläger ein solcher bleibender köperlicher Nachtheil, welcher seine Fähigkeit zu Arbeiten aller Art beeinflusse, nicht eingetreten. Ob diese Annahme auf richtiger Würdigung der eingeholten medizinischen Gutachten, speziell des gerichtlichen Gutachtens des Professors Socin, beruht, hat das Bundesgericht nicht zu untersuchen. Bemerkt werden mag nur, daß auch das Gutachten des Professors Socin nicht, wie der Kläger behauptet, eine Verminderung der Arbeitsfähigkeit des Klägers in Folge des Unfalles positiv feststellt, sondern nur ausführt, daß in Folge der durch den Unfall herbeigeführten geringen Verminderung der Ausdehnungsfähigkeit des linken Lungenflügels bei der ohnehin nicht kräftigen Konstitution des Klägers eine Verminderung der Arbeitsfähigkeit eingetreten sein könne, deren Grad sich aber objektiv gar nicht näher feststellen lasse.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt sein Bewenden.

25. Urtheil vom 28. Februar 1891 in Sachen Häfliger gegen Schweizerische Centralbahn.

A. Durch Urtheil vom 27. Dezember 1890 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

1. Die Schweizerische Centralbahngesellschaft ist nicht gehalten, die gegnerische Klage einläßlich zu beantworten;

2. Der Kläger und Inzidentalbeklagte Samuel Häfliger hat der Verantworterin und Inzidentalklägerin, Schweizerische Centralbahngesellschaft, die dieser Rechtsstreitsache wegen ergangenen Kosten mit 20 Fr. Vortragsgebühr zu vergüten;

3. Die Urtheilsgebühr ist auf 20 Fr. festgesetzt. Dem Kläger ist unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden, weßhalb auf den Bezug dieser Gebühr verzichtet werden muß.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Derselbe hat mit Zuschrift vom 10./12. laufenden Monats ein Gutachten des Professors Dr. Pflüger in Bern und ein Zeugniß des Dr. März vom 25. Januar 1890, welche den kantonalen Instanzen nicht vorgelegen hatten, dem Bundesgerichte eingereicht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

1. Es sei dem Kläger auch für die bundesgerichtliche Instanz das Armenrecht zu bewilligen;

2. Das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 27. Dezember 1890 sei aufzuheben, es sei die beklagte Gesellschaft mit ihrer peremtorischen Einrede abzuweisen und die Sache an die kantonale Instanz zurückzuweisen, eventuell sei die Beklagte heute schon zu verurtheilen, dem Kläger eine Entschädigung von 4500 Fr. zu bezahlen, alles unter Kostenfolge. Dagegen beantragt der Anwalt der Beklagten: Das angefochtene Urtheil sei zu bestätigen und die von der Beklagten aufgeworfene Einrede für begründet zu erklären, eventuell die Klage in der Hauptsache abzuweisen, der kantonale Kostenspruch zu bestätigen und der Kläger zu den Kosten der heutigen Verhandlung zu verurtheilen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die erst in der bundesgerichtlichen Instanz vom Kläger eingelegten Akten können nach Art. 30, Abs. 4 O.-G. nicht in Betracht gezogen werden.

2. Der 38 Jahre alte Samuel Häfliger, von Reitnau, war seit 1876 bei der beklagten Bahngesellschaft auf dem Bahnhofe in Olten angestellt, wobei er öfter auch Dienste als Hülfsnachtwächter und Hülfsbremser leistete. Am 31. August 1888 erlitt er beim Leeren eines Stationsabortes in Olten einen Unfall, indem er vom Wagen fiel und dadurch an einem Fuß und an der linken Seite des Körpers Verletzungen erlitt. Häfliger leidet ferner, was im Dezember 1887 ärztlich konstatirt wurde, auf dem rechten Auge am grauen Staar; er behauptet, daß diese Krankheit durch die Strapazen des Bahndienstes, die fortwährende Ueberanstrengung durch Ueberzeitarbeit, sowie die Unbilden der Witterung, denen er, insbesondere bei seiner Thätigkeit als Hülfsbremser schutzlos ausgesetzt gewesen, verursacht worden sei. Er beanspruchte mit Zuschrift vom 3. Oktober 1889 von der Centralbahngesellschaft sowohl für die Folgen des Unfalles vom 31. August 1888 als für das Augenleiden, das er im Bahndienste sich zugezogen habe, Entschädigung, wurde indeß mit seinem Anspruch abgewiesen, worauf er am 2. April 1890 Klage erhob, mit dem Antrage, die Verantworterin solle gerichtlich verfällt werden, dem Kläger eine Entschädigung von 4500 Fr. zu bezahlen. Die Beklagte beantragte, es sei zu erkennen, sie sei nicht gehalten, die Klage einläßlich zu beantworten, eventuell die Klage sei abzuweisen; sie stellte dem klägerischen Anspruche, sowohl insoweit er auf den Unfall vom 31. August 1888 als insoweit er auf die Erkrankung am grauen Staar sich gründet, unter Berufung auf Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 und Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887 die Einrede der Verjährung entgegen; überdem machte sie geltend, der Unfall vom 31. August 1888 habe sich weder beim Bahnbetriebe noch bei einer Hülfsarbeit, welche mit diesem im Zusammenhang stehe, ereignet und falle somit nicht unter die Haftpflichtgesetze; auch der graue Staar, an welchem der Kläger leide, sei kein Unfall im Sinne der Haftpflichtgesetze, sondern eine Krank-

heit, für welche keine Haftpflicht bestehe. Die Erkrankung sei nicht durch die dienstliche Bethätigung des Klägers verursacht. Die zweite Instanz hat in ihrem Fakt. A erwähnten Urtheile ausgesprochen, die Arbeit, bei welcher der Unfall vom 31. August 1888 sich ereignet habe, wäre zwar als eine mit dem Bahnbetriebe im Zusammenhange stehende Hülfsarbeit zu betrachten; allein da zwischen dem Unfalle und der Klageanhebung mehr als ein Jahr verstrichen sei, so sei der sachbezügliche Anspruch verjährt. Der graue Staar sodann sei eine Krankheit, für welche keine Haftpflicht bestehe, wie auch aus dem eingeholten ärztlichen Gutachten hervorgehe. Dasselbe spreche sich dahin aus, daß zwar körperliche Ueberanstrengungen, Durchnässungen, Erkältungen, Erschütterung des Körpers auf den Eisenbahnwagen, unregelmäßiges Leben im Bahndienst, zur Förderung der Krankheit im vorzeitigen Alter beigetragen haben mögen, aber keineswegs als deren Ursache anzusehen seien, sondern es sich vielmehr bei derselben trotz dem Alter des Häfliger von nur 38 Jahren um keine senile Veränderung der Linse handle. Es sei also nicht erwiesen, daß die Erkrankung des Klägers mit den im Dienste der Beklagten ausgehaltenen Strapazen im Zusammenhange stehe.

3. Der Kläger macht zwei verschiedene Schadenersatzansprüche geltend: Einerseits wegen des am 31. August 1888 erlittenen Unfalls, andrerseits wegen seiner angeblich durch den Bahndienst verursachten Erkrankung am grauen Staar. Der erste Anspruch stützt sich auf das erweiterte Haftpflichtgesetz, der letztere dagegen auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Es liegt somit eine objektive Klagenhäufung vor und es muß sich daher fragen, ob rücksichtlich jedes einzelnen der verbundenen Ansprüche der die Kompetenz des Bundesgerichtes begründende Streitwerth von 3000 Fr. gegeben sei. Dies ist indeß zu bejahen. Der Kläger fordert eine Entschädigung von 4500 Fr., ohne zu spezifiziren, wie viel er für jeden einzelnen Unfall fordere; es ist daher anzunehmeu, daß er den Betrag von 4500 Fr. eventuell für jeden einzelnen Unfall ganz fordere. Ebenso qualifizirt sich das angefochtene Urtheil, trotzdem es in seinem Dispositiv blos ausspricht, es sei die Beklagte nicht gehalten, die Klage einläßlich zu beantworten, wie sein Inhalt zweifellos ergibt, als ein die Hauptsache selbst materiell

erledigendes Haupturtheil. Das Bundesgericht ist daher gemäß Art. 29 O.-G. zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent.

4. Der Unfall vom 31. August 1888 hat sich unbestrittenermaßen und unbestreitbar nicht „beim Betriebe" der Eisenbahn der Beklagten im Sinne des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ereignet, sondern es kann sich nur fragen, ob die Arbeit, bei welcher er eintrat, als eine mit dem Bahnbetriebe im Zusammenhange stehende Hülfsarbeit im Sinne des Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes sich qualifizire. Der Anspruch aus diesem Unfalle untersteht also gemäß der letzterwähnten Gesetzesbestimmung nicht den Vorschriften des Eisenbahn-, sondern des Fabrikhaftpflichtgesetzes; insbesondere gelten rücksichtlich der Verjährung die Vorschriften des Art. 12 des Fabrik- und nicht diejenigen des Art. 10 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Dies ergibt sich, trotz des heute vom klägerischen Anwalte dagegen erhobenen Widerspruchs, aus der Vorschrift des Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes zur vollsten Evidenz. Danach beträgt denn die Verjährungsfrist ein, und nicht zwei Jahre und gelten für die Unterbrechung der Verjährung nicht die Sonderbestimmungen des Art. 10 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes (wonach auch eine bloße außergerichtliche Reklamation als Unterbrechungsgrund anerkannt ist), sondern die Vorschriften des gemeinen Rechts, d. h. des Obligationenrechts. Hienach ist aber der in Rede stehende Anspruch aus dem Unfalle vom 31. August 1888 zweifellos verjährt, denn zwischen dem Tage des Unfalles und der Klageerhebung (wie übrigens auch zwischen ersterm und der außergerichtlichen Reklamation) ist mehr als ein Jahr verstrichen. Bei dieser Sachlage braucht nicht untersucht zu werden, ob ein Haftpflichtanspruch aus dem Unfalle vom 31. August 1888 ursprünglich begründet war.

5. Was den Entschädigungsanspruch wegen der Erkrankung am grauen Staar betrifft, welcher auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz begründet wird, so ist derselbe nicht verjährt, wie denn auch heute der Anwalt der Beklagten in dieser Richtung die Verjährungseinrede hat fallen lassen. Dagegen ist derselbe materiell offenbar unbegründet. Denn durch die Vorinstanz ist in für das Bundesgericht verbindlicher Weise thatsächlich festgestellt, daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Eisenbahnbetrieb und der Erkrankung

des rechten Auges des Klägers nicht nachgewiesen sei, so daß also von einer durch einen Eisenbahnunfall verursachten Körperverletzung von vornherein nicht die Rede sein kann. Uebrigens wäre selbst dann, wenn die thatsächlichen Behauptungen des Klägers über die Ursache seiner Erkrankung richtig wären, zweifelhaft, ob hier eine unter das Haftpflichtgesetz fallende Körperverletzung durch den Eisenbahnbetrieb vorliege.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 27. Dezember 1890 sein Bewenden.

IV. Fabrik- und Handelsmarken. Marques de fabrique.

26. *Arrêt du 13 Février 1891 dans la cause Patek, Philippe & Cie contre Schwob.*

Statuant, dans ses séances des 14, 15 et 18 Novembre 1890, sur le litige pendant entre les maisons d'horlogerie Patek, Philippe et Cie, à Genève, et Armand Schwob et frère, à la Chaux-de-Fonds, en matière d'imitation de marques de fabrique, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a prononcé ce qui suit:

« Les conclusions 1, 2 et 4 de la demande sont déclarées » bien fondées en principe, et la conclusion 3 est écartée.

» En conséquence:

» 1° Il est fait défense à Armand Schwob et frère d'em- » ployer le nom « Patek » ou « Pateck » et l'inscriptiou ou » marque « Pateck & C°, Genève » ou « Pateck & C°, Ge- » neva, » ainsi que toute autre inscription, désignation ou » marque dans laquelle entrera le nom « Patek » ou « Pateck. »

» 2° La maison Armand Schwob et frère est condamnée à » payer à la maison « Patek, Philippe et Cie, » à titre de » dommages-intérêts, une somme de quinze mille francs » (15 000 fr.), avec intérêt au taux de 5% l'an dès le 18 No- » vembre 1890.

» 3° Armand Schwob et frère sont condamnés aux frais » et dépens du procès. »

C'est contre ce jugement que les deux parties recourent au Tribunal fédéral.

Patek, Philippe et Cie ont conclu à ce qu'il lui plaise augmenter le chiffre des dommages-intérêts alloués par le Tribunal cantonal, et dire, en outre, que le jugement qui interviendra sera publié aux frais de Armand Schwob et frère, dans cinq journaux suisses et étrangers, au choix de Patek, Philippe & Cie.

Armand Schwob et frère ont conclu au rejet du recours de leur partie adverse, et à l'adjudication des conclusions libératoires prises par eux en réponse.

Statuant et considérant:

En fait:

1° La maison Patek, Philippe & Cie, demanderesse, existe à Genève depuis 1851 comme société en nom collectif sous cette raison sociale; elle a pour but la fabrication et le commerce d'horlogerie et fabrique plus spécialement la montre d'or fine et la montre de précision. Inscrite antérieurement à l'année 1883 au registre des sociétés du greffe du tribunal de commerce de Genève, elle a été inscrite également, le 22 Février 1883, dans le registre du commerce et publiée dans la feuille officielle suisse du commerce.

La société « Patek, Philippe & Cie » est la continuation de celle qui existait avant 1851 sous la raison « Patek & Cie; » cette dernière avait elle-même pris la suite, en 1845, de la société « Patek et Czapek », fondée à Genève en 1839; l'un des associés responsables de la maison s'appelle Léon de Patek.

La maison Armand Schwob et frère existe à Paris et à la

Chaux-de-Fonds depuis le 22 Novembre 1881. Elle a pour but la fabrication et le commerce d'horlogerie en tous genres et pour tous pays ; elle fait surtout établir des montres chez plusieurs autres fabricants, pour les revendre ensuite.

Armand Schwob et frère ont exposé et vendu des montres dans la section suisse à l'exposition universelle d'Anvers en 1885. Le 9 Juillet de cette dite année, lorsque le jury se présenta pour inspecter la vitrine de cette maison, il y trouva une montre, au moins, portant l'inscription « Patek & Cie Genève. » A. Philippe, l'un des chefs de la maison Patek, Philippe & Cie, était présent lors de cette constatation, qui eut pour conséquence le procès actuel.

Les défendeurs A. Schwob et frère ont fait fabriquer, ainsi que cela résulte des preuves testimoniales intervenues devant le tribunal cantonal, antérieurement à 1885 et jusqu'au mois de Juillet de dite année, un nombre considérable de montres portant l'inscription « Pateck & Cie. » Un seul fabricant, Georges Roulet au Locle, a déclaré en avoir fabriqué pour eux $56^1/_2$ douzaines soit 678 pièces pendant les années 1883, 1884 et jusqu'au 13 Juillet 1885, époque à laquelle il a reçu l'ordre d'insculper à l'avenir « Armand & Cie, Genève. » Sur toutes ces montres, les mots « Pateck & Cie, Genève » ont été gravés à la demande formelle et écrite d'Armand Schwob et frère. La plupart d'entre elles sont des savonnettes et il y en a 144 dont la boîte est en or à 9 karats ; une double expertise a constaté que ces montres ne sont absolument pas comparables à celles de la maison Patek, Philippe & Cie, et qu'elles leur sont très inférieures.

Il a été établi, également par témoins, que depuis nombre d'années, il était très souvent gravés les mots « Pateck » ou « Pateck & Co » sur des montres ou sur des étuis de montres, à la demande de fabricants de la Chaux-de-Fonds ou du dehors, et surtout sur des montres destinées à l'Autriche. Les témoins en question ont tous reconnu que l'inscription de ce nom ne se faisait que sur demande, et ils ont déclaré que depuis quelques années et surtout ensuite des bruits qui ont circulé depuis l'exposition d'Anvers, le nom « Pateck » n'est plus ou presque plus demandé.

Les défendeurs ont établi, par la production de leur lettre originale du 11 Juillet 1885, que dès cette époque ils ont invité leur maison de la Chaux-de-Fonds à refuser les montres portant un nom autre que le leur ou celui du client; le 13 du même mois ils ont donné l'ordre à leur principal fournisseur de substituer les mots « Armand & Cie Genève » à ceux de « Pateck & Co » précédemment employés; à cette même époque, A. Schwob et frère ont fait effacer la marque « Pateck & Cie » déjà gravée sur une soixantaine de cuvettes en leurs mains.

Le 5 Juin 1882, Patek, Philippe & Cie ont fait enregistrer leur marque de fabrique au bureau fédéral à Berne; elle porte, au registre, le numéro 754.

Les premiers experts consultés sur le bénéfice qu'Armand Schwob et frère avaient pu réaliser sur la vente des 678 pièces provenant de Georges Roulet au Locle, l'ont estimé à 13 057 fr. environ, et les seconds experts à 9750 fr. Les deux expertises ajoutent que ce bénéfice doit avoir été beaucoup plus considérable, si ces montres ont été vendues comme provenant de la maison Patek, Philippe & Cie, ce nom leur donnant indubitablement une valeur supérieure à leur valeur réelle comme montres de qualité courante.

C'est à la suite de ces faits que, sous date du 26 Avril 1886, Patek, Philippe & Cie, ont formé, devant le Tribunal civil de la Chaux-de-Fonds, une demande concluant à ce qu'il plaise à ce Tribunal:

1° Interdire à la maison Armand Schwob et frère l'emploi du nom « Patek » ou « Pateck, » et celui de l'inscription soit marque « Pateck & Cie Genève » ou « Pateck & Cie Geneva, » ainsi que de toute autre inscription, désignation ou marque dans laquelle entrerait le nom « Patek » ou « Pateck. »

2° Condamner la maison Armand Schwob et frère à payer à la maison Patek, Philippe & Cie une somme de dix mille fr. ou ce que justice connaîtra, avec intérêt à 5% l'an dès la formation de cette demande, à titre de dommages-intérêts.

3° Dire que le jugement sera publié aux frais de Armand

Schwob et frère, dans cinq journaux suisses et étrangers, au choix de Patek, Philippe & Cie.

Pendant l'instruction du procès, soit les 22-23 Septembre 1887, les demandeurs, par voie de réforme, soit de « restitution », admise par les tribunaux cantonaux, ont porté leur demande de dommages-intérêts à la somme de 50000 fr., en maintenant d'ailleurs les fins de leur demande primitive ; ils fondaient cette augmentation sur le fait que, durant le cours du procès, ils se sont aperçus que le dommage subi par eux ensuite des agissements de A. Schwob et frère, était beaucoup plus considérable qu'ils ne l'avaient estimé dans l'origine.

Patek, Philippe & Cie appuient leur demande sur les dispositions, et en particulier sur l'art. 18 de la loi fédérale du 19 Décembre 1878 sur les marques de fabrique. Cette loi assure aux marques de fabrique et de commerce régulièrement déposées et enregistrées la protection de la Confédération suisse contre toutes contrefaçons, imitations ou usurpations. La raison de commerce « Patek, Philippe & Cie » et la marque « Patek, Philippe & Cie » toutes deux propriétés de la maison Patek, Philippe & Cie, sont au bénéfice de cette protection.

L'inscription, soit marque « Pateck & Cie, Genève » ou « Pateck & Cie Geneva, » ainsi que toutes autres inscriptions ou marques dans lesquelles figurerait le nom « Patek » ou « Pateck », contrefait ou usurpe la raison et la marque « Patek, Philippe & Cie, » et les imite de manière à induire le public en erreur. Par leurs agissements, Armand Schwob et frère se sont placés sous le coup de l'art. 18 précité, et sont dès lors passibles des indemnités civiles et des mesures de réparation prévues aux articles 19 et 22 de la même loi. En outre, les actes commis par Armand Schwob et frère constituent en même temps les faits de concurrence déloyale, qui tombent sous l'application des art. 50 et suivants du Code fédéral des obligations, et donnent lieu de ce chef aussi à des dommages-intérêts.

Dans leur réponse, Armand Schwob et frère donnent acte à Patek, Philippe & Cie qu'ils ne se serviront pas, à l'avenir,

du nom de Patek & Cie, qui ne leur est d'aucune utilité pour leurs produits, et ils concluent à ce que toutes les conclusions prises contre eux par la maison demanderesse soient déclarées mal fondées, avec dépens. Les défendeurs étayent, en substance, leurs conclusions libératoires sur les considérations ci-après :

Armand Schwob et frère ne sont pas fabricants, et par conséquent ils n'ont jamais fabriqué eux-mêmes les montres portant les noms de « Pateck » ou « Patek » ou « Pateck & Cie. » Ils ne contestent pas toutefois avoir mis en vente des montres portant ces désignations imaginaires, répandues depuis de longues années sur diverses places de fabrication d'horlogerie, sans que jamais personne ait été, jusqu'à ce jour et de ce chef, l'objet de poursuites de la part de Patek, Philippe & Cie. C'est sans dol, et dans la persuasion que l'usage général les y autorisait, qu'ils ont demandé et accepté des montres avec l'inscription « Pateck & Cie. »

Cette inscription n'a, du reste, aucune analogie avec la marque de fabrique Patek, Philippe & Cie, enregistrée le 5 Juin 1882 sous N° 754, laquelle se compose d'ornements surmontés des initiales P. P. et C°, et les défendeurs ne l'ont ni contrefaite ni imitée. Ils n'ont pas pris non plus la raison de commerce Patek, Philippe & Cie, et ne tombent dès lors pas sous le coup des articles invoqués de la loi.

Le nom « Patek & Cie Genève » ne constitue point la raison de commerce des demandeurs, qui ne s'en sont jamais servis. Ils n'ont donc pas fait usage de la raison sociale des dits demandeurs, laquelle forme un tout, et l'art. 5 de la loi de 1879 ne peut être invoqué, puisque la raison de commerce Patek Philippe & Cie n'est pas enregistrée comme marque de fabrique, et ne jouit, dès lors, pas de la protection de cette loi spéciale. C'est essentiellement sur cette loi que se fondent les demandeurs, lorsqu'ils accusent A. Schwob et frère de délits de contrefaçon et d'imitation; les actes incriminés ne constitueraient pas des contraventions de droit commun, mais des contraventions à une loi d'exception et de protection. Les demandeurs n'invoquent aucun motif de droit relatif à

l'usage d'une raison de commerce; or, s'il n'y a pas violation de la loi, si la raison de commerce n'a pas été employée, Armand Schwob et frère n'ont commis aucune contravention, et ils ne tombent pas sous le coup des art. 50 et suivants du Code des obligations. Eventuellement, aucun dommage n'est prouvé, et la somme réclamée, à titre d'indemnité, est en tout cas beaucoup trop élevée.

C'est à la suite de tous ces faits que le Tribunal cantonal a rendu le jugement dont le dispositif a été reproduit plus haut.

Ce jugement, — après avoir établi que la raison sociale Patek, Philippe & Cie est la propriété des demandeurs, jouissant, comme raison de commerce, de la protection de l'art. 876 du Code des obligations, et, comme marque de fabrique, de la protection de la loi de 1879, — admet que les faits constatés à la charge de Armand Schwob et frère constituent un acte d'imitation ou de contrefaçon tombant sous l'application des art. 18 litt. *a* et *b* et 19 *in fine* de la loi susvisée. En outre les conclusions de la demande en dommages-intérêts sont bien fondées, au regard de l'art. 18 litt. *d.* de la loi. Les défendeurs ont mis en vente une montre au moins, qu'ils savaient revêtue de l'inscription « Pateck & Cie Genève, » c'est à dire d'une contrefaçon de la marque Patek, Philippe & Cie.

Le fait que d'autres fabricants ont aussi commis cet abus ne saurait disculper A. Schwob et frère, pas plus que la précaution, prise par eux depuis l'incident d'Anvers, en faisant effacer l'inscription « Pateck & Cie », déjà gravée sur un certain nombre de cuvettes en leurs mains.

Les faits sur lesquels la demande est fondée étant réprimés par la loi spéciale de protection des marques de fabrique, ils ne constituent pas en même temps des actes de concurrence déloyale. Il faut donc écarter tous les motifs de la demande, tirés des art. 50 et suivants du Code des obligations. Quant à la quotité du dommage, le jugement admet que le bénéfice réalisé par les défendeurs sur les 678 montres Roulet et sur la montre Garavaglia a été supérieur aux chif-

fres indiqués par les experts, et ce par le motif que ces montres portaient l'inscription « Pateck & Cie » ou « Pateck » ; le Tribunal cantonal déclare, en outre, que ces 678 montres ne sont pas les seules que les défendeurs aient mises en circulation avec les mots « Pateck & Cie » et qu'il y a lieu d'ajouter à l'élément d'appréciation du dommage résultant des expertises, celui consistant en l'atteinte portée à la réputation de la maison Patek, Philippe & Cie, par le fait de la mise en vente par les défendeurs, sous le nom de « Pateck, » de produits inférieurs, et même de montres dont les savonnettes ou les cuvettes étaient en or de 9 karats seulement, ou en métal.

Le jugement cantonal estime enfin qu'il convient de ne pas ordonner la publication du jugement, attendu que c'est là une mesure essentiellement destinée à mettre le public en garde contre les actes de contrefaçon, et qu'en l'espèce, les défendeurs ont, il y a cinq ans déjà, donné acte à Patek, Philippe & Cie qu'ils ne se serviraient plus du nom de « Pateck & C°. »

Les deux parties ont porté ce jugement, par voie de recours, devant le Tribunal de céans, et pris les conclusions susrelatées.

En droit :

2° La première question qui se pose dans l'espèce est celle de savoir si, comme le prétend la partie demanderesse, dans les cas d'atteinte portée au droit à la marque de fabrique, et de demande de dommages-intérêts de ce chef, le code fédéral des obligations (art. 50 et suivants, 876) peut être invoqué cumulativement avec les dispositions de la loi fédérale du 19 Décembre 1879 sur les marques de fabrique et de commerce. Cette question doit recevoir une solution négative, vu l'existence d'une loi spéciale sur la matière. En l'absence de la dite loi, les atteintes portées à la marque d'autrui pourraient sans contredit être poursuivies, comme actes illicites, en vertu des dispositions précitées du Code des obligations; mais vu l'existence de cette loi, le même acte de contrefaçon ou d'usurpation ne peut être poursuivi simul-

tanément par cette double voie. Celui qui use de sa raison commerciale comme marque de fabrique, ne peut invoquer, pour autant qu'il agit ensuite d'une atteinte portée à cette raison de commerce employée comme marque, que les dispositions de la loi de 1879, laquelle ne règle pas seulement ce qui a trait à l'acquisition et à l'extinction du droit à la marque, mais prévoit également une action spéciale en dommages-intérêts en cas de contravention.

3° Il y a lieu d'écarter d'entrée la première objection opposée par les défendeurs en vue de résister aux conclusions de la demande, et consistant à dire que n'étant pas fabricants eux-mêmes, ils ne sauraient être coupables d'imitation ou de contrefaçon. Ce moyen perd toute valeur en présence de la constatation du juge cantonal, établissant d'une manière définitive pour le Tribunal fédéral, que Armand Schwob et frère ont fait fabriquer pour leur compte des montres avec l'inscription « Patek & Cie, » ce que les dits défendeurs ne contestent d'ailleurs nullement. Ils ont mis en vente les montres munies de cette inscription, et ils doivent supporter les conséquences juridiques de l'usage de la dite marque, à supposer qu'il se caractérise comme une contravention tombant sous le coup de la loi. Cette opération ayant eu lieu ensuite de mandat exprès de la part des défendeurs, et dans leur intérêt incontestable, ils doivent en assumer, le cas échéant, la responsabilité.

4° L'application à l'espèce de la loi de 1879 sur les marques de fabrique est, ainsi qu'il a été dit, subordonnée à la question de savoir si la raison de commerce « Patek, Philippe & Cie » apposée comme marque de fabrique sur des produits, se trouve au bénéfice de la protection de la loi précitée.

Il y a lieu, à cet égard, de constater d'abord que cette raison commerciale est employée par une société en nom collectif, dont deux associés indéfiniment responsables sont les sieurs Léon de Patek et A. Philippe; cette société a donc le droit, aux termes de l'art. 871 du Code des obligations, de se servir de la raison de commerce « Patek, Philippe & Cie.»

Il est, à ce sujet, indifférent que Léon de Patek ait ou non la signature sociale : sa responsabilité résulte de son inscription, comme associé, dans le registre du commerce (C. O., art. 564), et toute clause contraire, tendant à restreindre cette responsabilité, serait nulle vis-à-vis des tiers, à teneur du même article.

5° Les défendeurs soutiennent à tort que, pour pouvoir jouir de la protection de la loi, la raison de commerce doit avoir été inscrite spécialement, comme marque de fabrique, dans le registre des marques. L'art. 5 de la loi fédérale susvisée dispense, en effet, expressément de l'accomplissemeut de cette formalité les raisons de commerce figurant comme marque de fabrique sur les produits ou marchandises. Il ressort avec évidence de cette disposition, rapprochée de celle de l'art. 2 al. 2 précitée, que les raisons de commerce, lorsqu'elles sont employées comme marque de fabrique, sont au bénéfice de la loi de 1879, alors même qu'elles n'auraient pas été inscrites au registre des marques. Or il est démontré que la maison de commerce demanderesse employait dès avant l'ouverture du procès, concurremment avec les signes figuratifs déposés au bureau de Berne, sa raison sociale comme marque de fabrique. Cela résulte entre autres de la plaidoirie du conseil des défendeurs devant le Tribunal cantonal ; en mettant sous les yeux de cette Cour un spécimen de la fabrique des demandeurs, il a constaté qu'on y voit « la raison sociale Patek, Philippe et Cie, inscrite d'une façon très ostensible sur le cadran, en second lieu sur la cuvette, et en troisième lieu sur le mouvement. » (Voir plaidoirie imprimée de Me Léon Renault, page 115.) Cette raison commerciale a d'ailleurs été inscrite au registre du commerce, et a ainsi droit, lorsqu'elle est employée comme marque de fabrique, à la protection de la loi fédérale (loi fédérale de 1879, art. 2, al. 2).

La disposition de l'art. 20 de cette loi, statuant entre autres que l'action civile peut être ouverte par « l'ayant droit à la marque, » emploie ce dernier terme, non point dans le sens restreint de signe figuratif, mais dans son acception plus

générale, laquelle comprend également la marque de fabrique consistant dans la raison de commerce. Cela résulte avec nécessité des art. 2 et 5 *ibidem*, aux termes desquels les raisons de commerce, lorsqu'elles sont apposées sur des produits industriels, jouissent de la protection de la loi, consistant en première ligne dans l'ouverture de l'action civile, prévue à l'art. 20 susmentionné. Le Tribunal de céans, dans son arrêt en la cause Suter-Jneichen (Rec. X, 364) s'est déjà prononcé dans ce sens, en déclarant que la protection légale est assurée aux raisons de commerce par le fait de leur inscription au registre du commerce, et aux signes figuratifs par leur inscription au registre des marques. Les demandeurs sont dès lors, en ce qui concerne l'usage de leur raison de commerce sur leurs produits, au bénéfice non seulement de la protection que leur assure le droit commun, soit le code des obligations, mais encore de celle plus étendue résultant de la loi spéciale sur la matière.

6° Les défendeurs contestent en outre, même au cas où la protection de la loi de 1879 serait acquise à la raison commerciale Patek, Philippe et Cie, l'existence d'une atteinte quelconque portée aux droits de la maison demanderesse ; ils estiment qu'une pareille atteinte ne saurait consister en l'usage des mots « Pateck » ou « Pateck et Cie Genève, » par le motif que ces dénominations sont essentiellement différentes de la raison commerciale « Patek, Philippe et Cie, » ce qui exclurait toute possibilité de confusion.

Si l'on doit concéder que la dénomination « Pateck et Cie Genève » aurait pu, le cas échéant, être employée, malgré la disposition de l'art. 868 C. O. par une autre société en nom collectif, s'il en eût existé une à Genève comprenant une personne du nom de Pateck au nombre de ses associés responsables, il faut constater que cette éventualité ne se présente point dans l'espèce, et que les demandeurs, en usant de leur raison commerciale comme marque de fabrique, se trouvent seuls au bénéfice de la loi spéciale sur la matière.

7° La question de savoir si les défendeurs ont commis une contrefaçon ou une imitation illicite, doit être résolue con-

formément aux principes admis en matière de contrefaçon de signes figuratifs. Il a toujours été reconnu à cet égard qu'il y a imitation ou contrefaçon illicite lorsqu'un signe employé sur des marchandises ne se différencie pas assez d'une marque existante pour exclure toute confusion dans l'esprit de l'acheteur. (Voir art. 6 de la loi fédérale, et arrêts du Tribunal fédéral en les causes Lister contre Dürsteler, Rec. VII, page 396 ; von der Mühll, Bürgy et Cie contre Lister et Cie, VII, page 406 ; Kiesow contre Visino, Rec. VIII, page 105 suiv. ; Suchard contre Maestrani, Rec. IX, page 288 suiv.)

Or la dénomination « Pateck et Cie Genève » est incontestablement de nature à faire naître l'idée, dans l'esprit du public, que les marchandises ainsi désignées proviennent de la maison « Patek, Philippe et Cie, » à Genève et à provoquer ainsi une erreur sur l'origine de ces produits. Cette confusion est d'autant plus facile, que la maison genevoise, à laquelle les demandeurs ont succédé existait dans la raison commerciale « Patek et Cie », que le nom de « Patek » figure encore en tête de la raison commerciale de la maison demanderesse, et que « Philippe » peut facilement être considéré comme le prénom de l'associé Patek. La probabilité d'une pareille confusion se trouve encore augmentée par la double circonstance de la mention « Genève » sur la marque des défendeurs, et de l'absence de toute autre maison de commerce du nom de Patek sur cette place. Il est indifférent, à ce sujet, que les clients directs de la maison Schwob aient su que les produits ainsi désignés par cette maison ne provenaient pas de la fabrique des demandeurs Patek, Philippe et Cie ; il suffit, pour caractériser l'imitation illicite, que le public ait pu être induit en erreur, et les pièces de la cause révèlent que de semblables confusions ont réellement eu lieu.

En apposant sur leurs produits la désignation « Patek et Cie » à l'usage de laquelle ils n'étaient, ainsi qu'ils le reconnaissent d'ailleurs, à aucun titre autorisés, Schwob et frère ont ainsi porté incontestablement une atteinte illicite aux droits résultant pour les demandeurs des dispositions protectrices de la loi de 1879.

8° C'est, en outre, sans aucun fondement que les défendeurs ont cherché à justifier leurs agissements, et ont conclu à libération des fins de la demande, en se retranchant derrière l'allégation que la désignation « Pateck » était tombée dans le domaine public, qu'elle était employée depuis de nombreuses années par plusieurs fabricants, et que son insculpation sur les produits de A. Schwob et frère n'était ainsi point exclusive de la bonne foi de cette maison.

Le fait que l'abus, auquel les demandeurs ont voulu mettre un terme, a été commis par d'autres fabricants ne saurait en aucun cas emporter la justification des procédés de la maison défenderesse, et cet usage abusif de la part d'autres personnes ne peut nullement être considéré comme ayant eu pour conséquence de conférer au nom de « Pateck » le caractère d'une dénomination en quelque sorte générique, susceptible d'appropriation légitime par des tiers.

En effet une semblable désignation, consistant en un nom propre, ne peut être envisagée comme tombée dans le domaine public, que si elle est devenue le synonyme d'un genre de marchandises, et si l'ayant droit à ce nom a autorisé son usage, expressément ou tacitement. Or ces réquisits font absolument défaut dans l'espèce ; le nom « Pateck » ne désigne point un genre ou une qualité déterminée de montres, puisque les défendeurs l'ont apposé sur des pièces de diverses espèces : il n'est point établi que Patek, Philippe et Cie aient négligé d'agir, dès qu'ils ont été en mesure de le faire, contre l'usage du nom de « Pateck » par d'autres fabricants, et encore moins qu'ils aient autorisé cet abus.

9° En ce qui a trait à la question de bonne foi ou de dol des défendeurs, il convient de retenir d'abord que Patek, Philippe et Cie ne leur ont ouvert qu'une action civile en dommages-intérêts, sans poursuivre leur condamnation par la voie pénale. Or pour justifier une semblable demande civile, fondée sur l'art. 18 litt. *a* et *b* de la loi fédérale de 1879, l'existence du dol chez les défendeurs n'était, contrairement à l'opinion exprimée dans l'arrêt cantonal, point nécessaire, comme cela résulte du rapprochement de cet

article avec l'art. 19 de la loi fédérale de 1879 ; en d'autres termes la contrefaçon, ou l'imitation, même non dolosive, de la marque d'autrui, de manière à induire le public en erreur, suffit pour fonder une demande civile en dommages-intérêts, tandis qu'en revanche la lettre *d* du même article 18, visant ceux qui vendent, mettent en vente ou en circulation des produits ou marchandises revêtus d'une marque qu'ils savent être contrefaite présume toujours et nécessairement le dol chez les auteurs de ces contraventions.

10° Cette distinction ne saurait toutefois être invoquée en faveur des défendeurs, dont les actes de contrefaçon ou d'imitation apparaissent certainement comme dolosifs. Ils connaissaient, en effet, l'existence de la maison demanderesse, dont les produits ont acquis une réputation universelle ; ils devaient savoir également que l'usage par eux, de la marque « Pateck » ou « Pateck et Cie Genève » à laquelle ils n'avaient aucun droit, était éminemment de nature à provoquer une confusion et à induire le public en erreur.

Dans cette situation leurs agissements ne peuvent trouver leur explication que dans l'intention des défendeurs de provoquer cette confusion et cette erreur, afin de faire passer leurs produits comme provenant de la maison Patek, Philippe et Cie, dont la renommée devait en facilitér l'écoulement et en augmenter la valeur marchande.

Enfin l'allégation de A. Schwob et frère, qu'ils se seraient servis du nom « Pateck » comme motif de décoration et à raison de sa brièveté, n'est pas sérieuse et peut dispenser de toute réfutation ; ce nom, que Schwob et frère avaient intérêt à employer par les motifs susindiqués, comme élément principal de la raison de commerce des demandeurs, ne possédait évidemment pas d'autre titre au choix de la partie défenderesse.

11° Il ressort de tout ce qui précède que l'insculpation, par les défendeurs, du nom de « Pateck » et « Pateck et Cie Genève » sur plus de 678 montres, de qualité notoirement inférieure à celle des produits des demandeurs, constitue une contrefaçon ou imitation illicite et dolosive, ayant causé cer-

tainement un dommage considérable à la maison demanderesse, et tombant sous le coup des articles précités de la loi fédérale. Les conclusions de la demande doivent dès lors être admises en principe.

12° En ce qui touche la quotité des dommages-intérêts à allouer aux demandeurs, il y a lieu, conformément au texte de l'art. 19 de la loi, qui parle d'une « indemnité civile, » de la mesurer seulement d'après le dommage causé réellement, et c'est avec raison que la Cour cantonale n'a pas pris en considération, pour déterminer le montant de l'indemnité, le facteur résultant de l'enrichissement illégitime.

Les éléments du dommage causé aux demandeurs consistent, d'une part, dans la diminution de vente que l'insculpation du nom de « Pateck et Cie » sur 678 montres a certainement eu pour conséquence au préjudice de la maison « Patek, Philippe et Cie, » d'autre part, et surtout dans l'atteinte durable portée dans le monde commercial à la réputation de cette maison, du fait de la mise en vente, sous le nom et avec l'inscription de « Pateck et Cie, » de montres de qualité très inférieure, soit comme mouvement, soit comme titre du métal, à celles provenant de la fabrique « Patek, Philippe et Cie, » laquelle, suivant une constatation de l'arrêt cantonal, « a pour spécialité la fabrication de la montre d'or de précision, et jouit notoirement de la meilleure réputation. » Il convient de faire entrer aussi en ligne de compte, pour la fixation du dommage, la circonstance que les montres munies de la marque contrefaite, et dont le nombre est certainement supérieur au chiffre constaté par l'instruction, ont été répandues en quantité dans les pays les plus éloignés, où l'erreur du public peut être plus facilement provoquée et exploitée. Rien ne porte à admettre qu'en appréciant, dans cette situation, à 15 000 francs le montant du dommage causé, le tribunal cantonal de Neuchâtel, mieux placé d'ailleurs que le Tribunal fédéral pour trancher une question de chiffre relative à l'industrie horlogère, ait mal appliqué la loi. Il se justifie, dès lors, de maintenir cette appréciation.

13° Le tribunal cantonal a repoussé la conclusion des de-

mandeurs tendant à la publication du jugement aux frais de Schwob et frère, par le motif que ceux-ci ont, dès l'introduction de la cause, donné acte qu'ils ne se serviraient plus du nom de « Pateck et Cie » et que depuis cinq années ils ont exécuté cet engagement.

Cette considération n'était toutefois pas de nature à faire repousser la conclusion dont il s'agit. Si la publication demandée apparaît, d'un côté, ainsi que le constate le jugement dont est recours, comme une mesure essentiellement destinée à mettre le public en garde contre des actes de contrefaçon, il est certain, d'autre part, qu'elle est aussi éminemment propre à réparer, dans la mesure du possible, le tort durable causé aux demandeurs par les actes de contrefaçon perpétrés à leur préjudice, et à en prévenir le retour. En présence de ces actes de concurrence déloyale constatés à la charge de A. Schwob et frère, il se justifie pleinement d'ordonner, en application de l'art. 22 alinéa 4 de la loi fédérale de 1879, la publication du jugement, *in parte qua*, soit par un extrait à déterminer par le Tribunal, dans un certain nombre de journaux du pays et de l'étranger, aux frais des prédits défendeurs.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

1° Le recours de Armand Schwob et frère est écarté comme mal fondé.

2° Le recours de Patek, Philippe et Cie est, en revanche, partiellement admis, et le jugement rendu par le tribunal cantonal de Neuchâtel les 14, 15 et 18 Novembre 1890, réformé en ce sens que les dits demandeurs sont autorisés à publier, dans deux journaux suisses et deux journaux étrangers, de leur choix, aux frais de Armand Schwob et frère dans la partie réservée aux annonces et dans le délai de trois mois à partir de sa communication aux parties, un extrait du présent arrêt, à déterminer par le Tribunal de céans.

3° Le jugement cantonal est maintenu, quant au surplus, tant au fond que sur les dépens.

En conséquence :

a) Il est fait défense à Armand Schwob et frère d'employer le nom « Patek » ou « Pateck, » et l'inscription ou marque « Pateck et C° Genève » ou « Pateck et C°, Geneva, » ainsi que toute autre inscription, désignation ou marque dans laquelle entrerait le nom de « Patek » ou « Pateck. »

b) La maison Armand Schwob et frère est condamnée à payer à la maison « Patek, Philippe et Cie, » à titre de dommages-intérêts, une somme de quinze mille francs (15 000 fr.) avec intérêt au taux de 5 % l'an dès le 18 Novembre 1890.

c) Armand Schwob et frère sont condamnés aux frais et dépens du procès devant l'instance cantonale.

V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

27. Urtheil vom 20. Februar 1891 in Sachen Clason & Cie. gegen Mezger & Cie.

A. Durch Urtheil vom 27. Dezember 1890 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Klägerin wird mit ihrer Klage abgewiesen und in die ordentlichen Kosten beider Instanzen nebst einer appellationsgerichtlichen Urtheilsgebühr von 50 Fr. verfällt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung trägt ihr Anwalt darauf an, es sei das Urtheil des Appellationsgerichtes aufzuheben und die Beklagte gemäß dem Urtheile der ersten Instanz zu verurtheilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Dagegen stellt der Anwalt der Beklagten den Antrag, es sei das appellationsgerichtliche Urtheil zu bestätigen, eventuell sei gemäß dem eventuellen Antrage der Klagebeantwortung zu erkennen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die klägerische Firma hatte der Beklagten respektive deren Rechtsvorgänger eine auf den Preisunterschied zwischen den Märkten

in Newyork und Liverpool basirende Spekulation in Baumwolle vorgeschlagen. Am 13. April 1889 bestätigten hierauf die Rechtsvorgänger der Beklagten der klägerischen Firma, von derselben 300 Ballen Auguſtlieferung „gemäß allen im Newyork Terminmarkt geltenden Bestimmungen und Gebräuchen" zu vereinbartem Preise gekauft und derselben 300 Ballen Juli/Auguſt Lieferung gemäß allen im Liverpool Terminmarkt geltenden Bestimmungen und Gebräuchen zu vereinbartem Preise verkauft zu haben. Bedungen war, daß die Klägerin auf der ganzen Transaktion 1 1/2 % zu berechnen habe, welcher Satz Courtage und Garantie des ganzen Kontrakts einschließe. Kabel- und Telegrammspesen gehören zu Lasten der Beklagten, welche sich verpflichtete, für den Fall als die Transaktion einen Verlust zeigen sollte, auf Aufforderung der Klägerin die Vorschüsse für Werthunterschied sofort zu erlegen. Im Weitern erklärt die Beklagte: „Da Sie das Risiko des Käufers und/oder Verkäufers in Newyork und Liverpool übernehmen und kein anderer Name auf dem Kontrakt erscheint, treten Sie als Selbstkontrahent ein." Unterm 20. April 1890 folgte eine gleichlautende Erklärung über weitere 200 Ballen gekauft als Auguſtlieferung in Newyork und verkauft auf Juli/Auguſt-Lieferung in Liverpool, unter Zusicherung einer Provision von 1 1/4 %. Die Spekulation schlug zum Nachtheile der Beklagten aus. Als nun die Klägerin dieselbe aus diesem Geschäfte auf Zahlung von 333 £ 64 englischer Währung (oder nach späterer Berechnung von 290 £ 14. 8), respektive des entsprechenden Betrages in Schweizer Währung zum Tageskurse bei der Bezahlung, belangte, erhob die Beklagte in erster Linie, unter Berufung auf Art. 512 O.-R., die Einrede des Spiels. Während die erste Instanz, das Civilgericht des Kantons Baselstadt, diese Einrede verwarf und die Klage im Wesentlichen guthieß, erklärte das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt durch sein Fakt. A erwähntes Urtheil dieselbe für begründet und wies demnach die Klage ab.

2. Der Anwalt der Klägerin hat heute zunächst behauptet, die Einrede des Spiels sei schon deßhalb unzuläßig, weil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß sich als Mandat qualifizire, Art. 512 O.-R. aber nur das Spielgeschäft selbst, nicht dagegen einen auf Vornahme eines solchen Geschäftes gerichteten

Auftrag für klaglos erkläre; jedenfalls gelte dies für denjenigen Theil der klägerischen Forderung, welcher sich auf die aus der Ausführung des Auftrages erwachsenen Auslagen für Kabeldepeschen ꝛc. und die versprochene Provision beziehe. Denn insoweit jedenfalls sei das Rechtsverhältniß als Mandat zu bezeichnen. Diese Behauptung ermangelt schon deßhalb der Begründung, weil die Klägerin nach den Bestimmungen des Vertrages von allem Anfang an der Beklagten als Selbstkontrahent gegenüberstand, woran der Umstand, daß sie Anspruch auf Ersatz von Auslagen und auf Provision hatte, nichts ändert, da dadurch der rechtliche Charakter des Vertragsverhältnisses nicht berührt wird. Uebrigens unterliegt keinem Zweifel, daß auch dem Kommissionär, welcher Börsenaufträge ausführt, jedenfalls dann, wenn er den Namen seines Käufers oder Verkäufers nicht nennt und daher nach Art. 446 O.-R. als Selbstkontrahent gilt, die Einrede des Spiels entgegengestellt werden kann; andernfalls wäre ja die Vorschrift des Art. 512 O.-R. praktisch nahezu bedeutungslos (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Rüegger gegen Knörr Amtliche Sammlung XII, S. 461 Erw. 3).

3. Im Weitern hat sich der Anwalt der Klägerin darauf berufen, die streitigen Geschäfte seien nach den am Newyorker- und Liverpoolerterminmarkt geltenden Usancen abgeschlossen worden und können schon deßhalb nicht als Spiel- oder Wettgeschäfte im Sinne des Art. 512 O.-R. angesehen werden. Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wie sie in Schneider und Ficks Kommentar dargestellt sei. Während der Ständerath der, dem Art. 512 Abs. 2 des Gesetzes entsprechenden, bundesräthlichen Vorlage zugestimmt habe, sei dagegen vom Nationalrathe in der ersten Berathung eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen worden, daß in den nach den Handelsgebräuchen abgeschlossenen Lieferungsgeschäften über Waaren und Börsenpapiere die Einrede des Spiels nicht erhoben werden könne. Bei dieser Meinungsverschiedenheit der Räthe sei der Artikel an den Bundesrath zurückgewiesen worden. Dieser habe berichtet: Aus Opportunitätsrücksichten werde an der ursprünglichen Fassung des Entwurfes festgehalten, in der Meinung, daß das, was der nationalräthliche Beschluß anstrebe, in der Praxis der Gerichte

sich von selbst Bahn brechen werde. Allein hieraus kann nicht geschlossen werden, daß die Einrede des Spiels bei Geschäften, die in der handelsgebräuchlichen Form des Lieferungsgeschäftes abgeschlossen wurden, stets unzuläßig sei. Dem steht der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen, welches Lieferungs- und Differenzgeschäfte über Waaren oder Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, schlechthin für klaglos erklärt, ohne alle Rücksicht darauf, ob sie in die handelsgebräuchlichen Formen eines Lieferungsgeschäftes eingekleidet wurden oder nicht, wie ja denn auch bei einer andern Auslegung der gesetzlichen Vorschrift irgendwelche erhebliche paktische Bedeutung nicht zukäme. Der Meinungsäußerung des Bundesrathes, welche im Gesetzestexte keinen Ausdruck gefunden hat, kann die Bedeutung einer verbindlichen Feststellung des Sinnes des Gesetzes nicht beigemessen werden; sie will übrigens wohl kaum etwas anderes besagen, als daß die Gerichte gegenüber den nach den Handelsgebräuchen abgeschlossenen Lieferungsgeschäften die Einrede des Spiels ohne zwingende Gründe nicht gutheißen, solche Geschäfte vielmehr nur dann für klaglos erklären werden, wenn klar vorliegt, daß es sich trotz der gewählten Form des Lieferungsgeschäftes in Wahrheit um ein bloßes Spiel- oder Wettgeschäft handle. Das Kriterium des klaglosen reinen Differenzgeschäftes ist nicht in der äußern Einkleidung des Geschäfts sondern gemäß der konstanten Praxis des Bundesgerichtes darin zu finden, ob nach übereinstimmender ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Warren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist, so daß blos die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet, oder ob dies nicht der Fall ist.

4. Von dieser richtigen rechtlichen Auffassung des Begriffs des reinen Differenzgeschäftes ist denn auch im vorliegenden Falle der Appellationsrichter ausgegangen. Er stellt auf Grund der gewechselten Korrespondenz und der Bestimmungen des Vertrages selbst fest, daß die Parteien übereinstimmend Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung der Waare haben ausschließen wollen und also blos die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages gebildet habe. Gegenüber der Behauptung der Klägerin,

daß nach den im Vertrage in Bezug genommenen Newyorker- und Liverpooleruſancen den Parteien das Recht zuſtehe, wirkliche Lieferung und Abnahme zu verlangen, ſtellt er darauf ab, daß entſcheidend nicht ſein könne, was bei derartigen Geſchäften nach den fraglichen Uſancen die Regel bilde, ſondern was die Parteien im vorliegenden Falle bei Abſchluß des Geſchäftes gewollt haben und daß nun eben hier der Wille der Parteien von vornherein auf Ausſchluß wirklicher Lieferung gegangen ſei. Dieſe auf einer Würdigung der Geſammtheit der Umſtände beruhende Feſtſtellung des Parteiwillens beim Vertragsſchluſſe iſt thatſächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich. Ein Rechtsirrthum liegt derſelben nicht zu Grunde; insbeſondere iſt es gewiß vollſtändig richtig, daß auf den Inhalt der Newyorker- und Liverpooleruſancen inſoweit nichts ankommen kann, als aus den Umſtänden des Einzelfalles erhellt, daß die Parteien etwas von der Regel abweichendes haben vereinbaren wollen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewieſen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baſelſtadt vom 27. Dezember 1890 ſein Bewenden.

---

28. Urtheil vom 7. März 1891 in Sachen Flatt gegen Portlandcementfabrik Rotzloch.

A. Durch Urtheil vom 8. Januar 1891 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden nid dem Wald erkannt:

1. Das Klagebegehren des C. Flatt auf Gewinnantheil am Verkaufe der Portlandcementfabrik Rotzloch ſei abgewieſen;

2. Beklagte reſpektive Huber hat an C. Flatt ſein einbezahltes Kapital nebſt Zinſen und Verzugszins vom 18. April 1890 an und Gewinnantheil am Fabrikationsgeſchäfte, letztern bis zur Zeit des Ablaufes der Kündigungsfriſt, nach Maßgabe der in der

Motivirung niedergelegten Grundsätze festzusetzenden Ausrechnung zu bezahlen respektive das Depositum aushinfolgen zu lassen;

3. Dispositiv 2 (b) und 3 (c) des appellirten vorderrichterlichen Urtheils seien bestätigt;

4. Die Gerichtsgebühr vor Obergericht beträgt 119 Fr. 40 Cts., woran Ingenieur C. Flatt 90 Fr. und Huber und Guggenbühl 29 Fr. 40 Cts. beizutragen haben.

5. An die außergerichtlichen Kosten vor Obergericht hat Appellant den Beklagten 30 Fr. zu begüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er den Antrag anmeldete: Es sei der Klageschluß zum Urtheile zu erheben und ihm daher im Ganzen, die von der kantonalen Instanz zugesprochene Summe eingerechnet, 28,673 Fr. 35 Cts. baar und 42,844 Fr. 07 Cts. in Aktien der neuen Portlandcementfabrik Rotzloch, erstere mit Zins seit 15. November 1889, letztere mit seitherigen Coupons zuzusprechen, unter Kostenfolge für die Beklagten. Nachforderung für Betriebsgewinn pro 1889 bis 15. November vorbehalten.

Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt des Klägers diesen Antrag aufrecht, immerhin mit dem Beifügen, daß rücksichtlich des Quantitativs der Forderung detaillirte Abrechnung vorzuhalten wäre. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Heinrich Huber in München und Hermann Guggenbühl in Glarus betrieben seit 1882 als Kollektivgesellschafter unter der Firma „Portlandcementfabrik Rotzloch" an letzterm Orte eine Cementfabrik. Die Gesellschaftsantheile beliefen sich am 1. Juni 1888 nach der Angabe der Klage, für H. Huber auf 163,630 Fr., für H. Guggenbühl auf 91,107 Fr. 50 Cts.; Gewinn und Verlust (nach 4 %-ger Verzinsung der Einlagen) wurden unter den Gesellschaftern gleichmäßig vertheilt. Der Kläger C. Flatt war bei dieser Firma als Ingenieur angestellt. Am 18. April 1888 fragte er den Gesellschafter H. Guggenbühl an, ob er sich nicht mit einer Kapitaleinlage am Geschäfte betheiligen könnte; sein Vater sei bereit, ihm zu diesem Zwecke 20,000 bis

25,000 Fr. zur Verfügung zu stellen. H. Guggenbühl erwiderte am 21. gleichen Monats, er habe hierüber an Huber geschrieben, er seinerseits sei nicht abgeneigt; nur über die Form sei er noch nicht mit sich einig; er denke 4 % fixer Zins und 4 % Superdividende dürften das Richtige sein.

Nach einer mündlichen Besprechung zwischen H. Guggenbühl und dem Vater des C. Flatt, theilte ersterer dem C. Flatt am 4. Mai 1888 mit, er habe sich mit Vater Flatt über die von C. Flatt gewünschte Einräumung einer kleinen Kapitalbetheiligung in folgender Weise geeinigt: „Mein Associé H. Huber tritt Ihnen „von seiner Kapital-Einlage einen Antheil von 20,000 Fr. ab, „und diesen Antheil hätten Sie, resp. Ihr Vater bis 31. Mai „bei mir einzuzahlen. — Mit diesem Kapital, welches als „Kommandite" betrachtet würde, ziehen Sie: 1. 4 % Zinsen per Jahr „wie ein Associé, und 2. partizipiren Sie pro rata am Reingewinnantheil des Herrn Huber. Da Hubers Gewinnantheil pro „1887 circa 13,000 Fr. betragen hat, so involvirt dies eine „Superdividende von weitern 8 %; Ihr Kapital wird somit „12 % Zinsen tragen und wir beide hoffen, durch diesen neuerlichen Beweis unseres Wohlwollens Ihren Eifer für unser „Geschäft zu kräftigen und Ihre Umsicht für dessen minutiöse „Prosperität zu wecken."

C. Flatt zahlte hierauf den Betrag von 20,000 Fr. dem H. Guggenbühl ein; Guggenbühl bescheinigte am 2. Mai 1888 Namens der Portlandcementfabrik Rotzloch die Summe „als Kommanditanleihen" erhalten zu haben. Thatsächlich wurde der Betrag nicht zu Gesellschaftszwecken verwendet, sondern sofort dem Gesellschafter Huber übermittelt. Mit Rücksicht hierauf hatte am 23. Mai 1888 Guggenbühl den Buchhalter der Firma angewiesen, diesen Betrag vom Kapitalkonto Huber abzuschreiben. Diese Abschreibung unterblieb indeß und unter dem Datum des 1. Juni 1888 richtete H. Huber, der nunmehr persönlich nach Rotzloch gekommen war, an C. Flatt eine Zuschrift folgenden Inhalts: „Ihre Einzahlung an die Portlandcementfabrik von „20,000 Fr. wird Ihnen in Contocurrent bei derselben gutgeschrieben und übernehme ich deren Verzinsung gemäß schweizeri„schem Obligationenrecht à 4 % per annum; desgleichen werde

„ich Ihnen die Gewinnpartizipation pro rata meiner Einlage auf „Ihrer Einlage vom Juni a. c. ab seiner Zeit nach Uebereinkunft in Baar oder durch Gutschrift in laufender Rechnung vergüten. Kündigungsbedingung sechsmonatlich nach Bestimmung „des schweizerischen Obligationenrechts." Dieser Zuschrift war eine Anfrage des C. Flatt an Huber vorangegangen, ob der Gewinnantheil der „Kommanditsumme" jeweilen stehen bleiben könne oder die „Kommanditsumme" konstant bleiben solle und ob bezüglich des Aufkündigungsrechtes, wie er voraussetze, das schweizerische Obligationenrecht d. h. halbjährliche Kündigung maßgebend sei. In der Folge wendete sich C. Flatt um Auszahlung von Zinsen und Gewinnantheil stets an H. Huber persönlich; er erhielt auf dessen Weisung am 10./11. August 1889 500 Fr., am 23. Januar 1890 1000 Fr. auf Rechnung ausbezahlt. Seine Einzahlung ist in den Büchern der Kollektivgesellschaft im Anleihenskonto gebucht. Im Herbst 1889 veräußerten H. Huber und H. Guggenbühl ihr Geschäft in Rotzloch zu vortheilhaften Bedingungen an eine zu gründende Aktiengesellschaft. Diese wurde am 8. November 1889 unter der Firma „Portlandcementfabrik Rotzloch" ins Handelsregister eingetragen, die Kollektivgesellschaft dagegen gelöscht; sie übernahm das Geschäft auf Anfang November 1889. Eine Kündigung der Betheiligung des C. Flatt war nicht vorangegangen. Dagegen kündigte nun dieser seinerseits dem H. Huber durch Schreiben vom 8. Februar 1890 das Kapital von 20,000 Fr. auf die „gesetzliche Frist von sechs Monaten"; am 7. März 1890 zog er diese Kündigung zurück und verlangte statt dessen „gemäß § 336 O.-R. Rückzahlung innert sechs Wochen von heute an, da der Kommanditvertrag durch den Verkauf gelöst und das Kapital schon per 11. November 1889 rückzahlbar gewesen wäre." In beiden Schreiben verlangte er überdem Ausrechnung über die ihm zukommenden Zinsen und Gewinnantheile und Auszahlung derselben.

In einem ferneren Schreiben an H. Huber vom 22. März 1890 trat er mit der Anforderung hervor, daß ihm nach dem Wortlaut des Kommanditvertrages auch Antheil am Verkaufsgewinn zukomme und verlangte dessen Regulirung. Da diese Forderung bestritten wurde, erhob C. Flatt Klage mit dem Antrage:

Die Citationsforderung des Klägers sei gerichtlich gutzuheißen und es seien somit die Beklagten zur Anerkennung und Entrichtung von a. 28,673 Fr. 90 Cts. nebst Zins seit 15. November 1889 an Baar und b. 42,844 Fr. 07 Cts. in Aktien der neuen Aktiengesellschaft Portlandcementfabrik Rotzloch zu verhalten. Nach dem Ingresse der Klageschrift richtet sich die Klage gegen die „Firma H. Huber und H. Guggenbühl, Portlandcementfabrik Rotzloch, in Liquidation"; in Art. 15 der Klageschrift dagegen ist bemerkt, daß der Kläger Gutsprechung seiner Ansprache „auf H. Huber sowohl wie auf Huber und Guggenbühl" verlange. Der Anspruch wird darauf begründet, daß der Kläger Kommanditär der Kollektivgesellschaft Portlandcementfabrik Rotzloch geworden sei und als solcher verhältnißmäßigen Antheil an dem auf Huber entfallenden Verkaufs- resp. Liquidationsergebnisse besitze. Dieser Antheil berechne sich, genauere Feststellung vorbehalten, dem Verhältnisse der Einlage des Klägers zu derjenigen Hubers entsprechend, auf die eingeklagten Beträge.

Die Beklagten stellten dem gegenüber den Antrag: 1. dem Kläger sei gegenüber H. Huber eine Gesammtforderung von 22,100 Fr., fällig auf den Zeitpunkt der Beurtheilung dieses Rechtsstreites, zuzusprechen. 2. Mit allen weitergehenden Gesuchen sei Kläger abzuweisen. Sie behaupteten, es liege nicht ein Kommanditgesellschaftsvertrag, sondern ein (modifizirtes) Darlehen vor und zwar nicht gegenüber der Firma Portlandcementfabrik Rotzloch, sondern gegenüber H. Huber persönlich. Ein Antheil an dem Liquidationsergebnisse der Kollektivgesellschaft resp. an dem auf Veräußerung der Fabrik erzielten Verkaufsgewinn stehe also dem Kläger nicht zu, wohl aber habe er an Kapital, Zinsen und Antheil am Fabrikationsgewinn für 1888/1889 an H. Huber persönlich zusammen 22,100 Fr. zu fordern. Diesen Betrag hat H. Huber bei der schweizerischen Volksbank in Basel deponirt.

2. In rechtlicher Beziehung muß sich fragen, in welchem Rechtsverhältnisse der Kläger zu der Kollektivgesellschaft Portlandcementfabrik Rotzloch oder speziell zu dem Gesellschafter Huber gestanden habe. Darüber ist zu bemerken: Bei den Verhandlungen über die dem Kläger zu gewährende Geschäftsbetheiligung ist wiederholt der Ausdruck „Kommandite", „Kommanditanleihen", „Komman-

bitsumme" gebraucht worden; auch haben den Parteien, wenn sie sich auf die Bestimmungen des Obligationenrechtes über Zinsfuß und Kündigungsfristen berufen, ersichtlich die gesetzlichen Vorschriften über die Kündigungsfrist beim Gesellschaftsvertrage und über die Verzinsung von Gesellschaftseinlagen (Art. 546 und 556 O.-R.) vorgeschwebt. Allein nichtsdestoweniger war eine Kommanditgesellschaft hier unzweifelhaft nicht gewollt. Irgendwelche Kundgabe der Betheiligung des Klägers nach außen hat nicht stattgefunden; insbesondere ist ein Eintrag im Handelsregister nicht erfolgt (auch die Firma der Kollektivgesellschaft nicht geändert worden). Wenn nun auch dies, speziell der Registereintrag, nicht Entstehungsbedingung der Kommanditgesellschaft ist, diese vielmehr auch formlos entstehen kann, so deutet doch der Umstand, daß die Anmeldung ins Handelsregister unterlassen wurde, darauf hin, daß die Parteien die Gründung einer Kommanditgesellschaft nicht beabsichtigten; andernfalls hätte ja, angesichts der Vorschrift des Art. 599 O.-R., insbesondere der Kläger ein großes Interesse daran gehabt, auf Bewirkung der Anmeldung zu dringen. Entscheidend aber fällt der Inhalt der zwischen Parteien getroffenen Vereinbarung in Betracht. Auszugehen ist dabei von der Erklärung des Gesellschafters Huber vom 1. Juni 1888; diese war ihrer ganzen Haltung nach dazu bestimmt, in Erledigung der vorangegangenen Verhandlungen die Rechtsstellung des Klägers definitiv festzustellen und ist in diesem Sinne vom Kläger vorbehaltlos angenommen worden; sie muß übrigens um so mehr als maßgebend anerkannt werden, als keine frühere Willenserklärung des Huber vorliegt, wodurch dieser, wie nach Art. 542 O.-R. erforderlich gewesen wäre, in eine Aufnahme des Klägers als Kommanditär eingewilligt beziehungsweise den Mitgesellschafter H. Guggenbühl zu dieser Aufnahme bevollmächtigt hätte. Gemäß der Erklärung Hubers vom 1. Juni 1888 nun wird dem Kläger seine Einzahlung an die Kollektivgesellschaft bei derselben „in Contocurrent" gutgeschrieben und verpflichtet sich Huber, sie zu 4 % zu verzinsen und ihm dafür verhältnißmäßigen Antheil an seiner Reingewinnsquote zu gewähren. Hierin liegt die Vereinbarung der Begründung einer Kommanditgesellschaft offenbar nicht. Bei der Kommandit-

gesellschaft wird der Kommanditär Gesellschafter des Geschäftsinhabers zum Geschäftsbetriebe unter gemeinsamer Firma, seine Einlage wird Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens, an welchem wie an Gewinn und Verlust der Gesellschaft, er verhältnißmäßig partizipirt. Eine solche Stellung des Klägers ist hier nicht bedungen; es ist keine Rede davon, daß derselbe als (wenn auch beschränkt haftender) Gesellschafter der Geschäftsinhaber mit Antheil an Vermögen, Gewinn und Verlust der Gesellschaft beitrete. Vielmehr bleibt die Kollektivgesellschaft unverändert bestehen und dem Kläger wird für seine Einzahlung lediglich ein (in Contocurrent zu verbuchendes) Gläubigerrecht eingeräumt. Allerdings wird er mit seiner Einlage zwar nicht am Verluste, wohl aber am Gewinn des gesellschaftlichen Geschäftsbetriebes insofern betheiligt, als ihm ein verhältnißmäßiger Antheil an der Gewinnquote des Gesellschafters Huber zugesichert wird; allein betheiligt wird er nicht als Kommanditär, sondern als Darlehensgläubiger, welchem, wie dies ja zweifellos völlig statthaft ist und nicht selten vorkommt, neben einer festen Verzinsung der Darlehenssumme noch ein Gewinnantheil versprochen ist. Eine derartige Stipulation enthält zwar, da der Gläubiger an dem Geschäftsergebnisse betheiligt wird, wohl ein gesellschaftliches Element; allein ein Gesellschaftsvertrag im juristischen Sinne des Wortes, speziell ein Kommanditgesellschaftsvertrag liegt darin nicht, vielmehr handelt es sich nur um eine dem Darlehensvertrage beigefügte Nebenabrede, wonach der Gläubiger bei gutem Geschäftsgange einen erhöhten Zins, gewissermaßen eine Superdividende, bezieht. So wenig ein Angestellter, welchem im Anstellungsvertrage eine Tantieme zugesichert wird, dadurch zum Gesellschafter des Geschäftsherrn wird, so wenig wird dies der Darlehensgläubiger, welcher neben einem festen Zinse oder statt eines solchen einen Gewinnantheil bezieht.

Auf die in den Verhandlungen von den Parteien mehrfach gebrauchten Ausdrücke „Kommandite", „Kommanditsumme" und dergleichen kann nichts ankommen. Nicht die von den Parteien gebrauchte irrthümliche rechtliche Bezeichnung, sondern der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien entscheidet (Art. 16 O.-R.). Die Ausdrücke „Kommandite", „Kommanditsumme" u. s. w.

werden denn auch im Verkehr in wechselnder Bedeutung keineswegs immer nur im Sinne der Geschäftseinlage eines Kommanditärs im gesetzlichen Sinne des Wortes gebraucht und scheinen auch hier, wie die Wendung „Kommanditanleihen" zeigt, von Anfang an nicht in ihrer technischen Bedeutung, sondern lediglich im Sinne eines mit Gewinnbetheiligung verbundenen Darlehens verwendet worden zu sein; in der Erklärung vom 1. Juni 1888, welche für die Rechtsstellung des Klägers in erster Linie maßgebend ist, finden sie sich übrigens nicht; dieselbe fixirt vielmehr die Stellung des Klägers in einer Weise, daß danach die Existenz einer Kommanditgesellschaft als ausgeschlossen erscheint. Hiemit stimmt denn auch offenbar das ganze spätere Verhalten der Parteien überein; einerseits die Buchung der klägerischen Einzahlung im Darlehenskonto der Gesellschaft (von welcher der Kläger heute wohl behauptet, aber nicht bewiesen hat, daß sie erst nach Auflösung der Gesellschaft erfolgt sei), andrerseits das Verhalten des Klägers selbst bei Verkauf des Geschäftes und Kündigung seiner Einlage, welches gewiß deutlich zeigt, daß der Kläger anfänglich durchaus nicht der Ansicht war, als Kommanditär Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der aufgelösten Kollektivgesellschaft resp. am Verkaufserlös zu besitzen. Diese Auffassung entspricht überhaupt der ganzen Sachlage: Der Angestellte Flatt sollte offenbar nicht als Theilhaber der Geschäftsherrn aufgenommen, wohl aber sollte ihm, um sein Interesse am Geschäfte zu erhöhen und ihm eine vortheilhafte Anlage seines Kapitals zu ermöglichen, eine Darlehenseinlage mit festem Zins und Gewinnbetheiligung gestattet werden; da für sein Kapital im Geschäfte selbst keine Verwendung vorhanden war, so wurde dasselbe dem Gesellschafter Huber ausgehändigt, welcher dafür dessen Verzinsung und die Abgabe einer entsprechenden Gewinnquote an den Kläger übernahm.

3. Danach muß denn der vom Kläger erhobene Anspruch auf Auszahlung eines Gesellschaftsantheils am Vermögen der aufgelösten Gesellschaft resp. am Verkaufsergebnisse ohne weiters in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz abgewiesen werden. Dagegen ist vom Beklagten Huber anerkannt, daß er zu Rückzahlung der Einlage von 20,000 Fr. sammt Zins und Antheil an dem

von der Fabrikation herrührenden Gewinne verpflichtet sei; es hat im Fernern die Vorinstanz prinzipiell ausgesprochen, daß der Kläger einen Gewinnantheil resp. ein sachbezügliches Aequivalent auch für die Zeit vom Uebergang des Geschäftes an die Aktiengesellschaft (Ende Oktober 1889) bis zu dem Zeitpunkte, auf welchen er seine Betheiligung gekündigt habe (18. April 1890) zu fordern berechtigt sei, weil die Beklagten die Fabrik ohne vorherige Kündigung seiner Betheiligung veräußert haben. Da die Beklagten sich hiegegen nicht beschwert, vielmehr in allen Theilen auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils angetragen haben, so ist letzteres der Sache nach auch in dieser Richtung zu bestätigen. Indessen ist, um Mißverständnisse auszuschließen, das Dispositiv des Urtheils deutlicher zu fassen; speziell ist auch deutlich auszusprechen, daß die Verurtheilung gegenüber dem Beklagten Huber erfolgt. Immerhin kann eine ziffermäßige Feststellung der Forderung des Klägers bezüglich seines Gewinnantheils nicht erfolgen, da die Gewinn- und Verlustberechnung der Portlandcementfabrik Rotzloch nach den Akten noch nicht abgeschlossen ist.

Demnach hat das Bundesgericht

in wesentlicher Bestätigung des angefochtenen Urtheils

erkannt:

1. Der Beklagte Huber ist verpflichtet, dem Kläger:

a. Die Darlehenssumme von 20,000 Fr. nebst Zins zu 4 % seit dem 1. Juni 1888 bis zur Bezahlung, abzüglich der Abschlagszahlung von 500 Fr. vom August 1889 und derjenigen von 1000 Fr. vom 23. Januar 1890, zu bezahlen;

b. Den vom Fabrikbetrieb der Firma Portlandcementfabrik Rotzloch herrührenden, ihm im Verhältnisse seiner Betheiligungssumme zur Einlage Hubers für den Zeitraum vom 1. Juni 1888 bis Ende Oktober 1889 betreffenden Gewinnantheil auszurichten, dessen Größe auf Grundlage der Gewinn- und Verlustrechnung der Firma Portlandcementfabrik Rotzloch gütlich oder rechtlich auszumitteln ist;

c. Für den Zeitraum von Ende Oktober 1889 bis 18. April 1890 einen Betrag auszubezahlen, welcher seinem für die Periode

vom 1. Januar 1889 bis Ende Oktober 1889 ausgemittelten Gewinnantheile verhältnißmäßig d. h. im Verhältniß der Länge der beiden Zeiträume entspricht.

2. Mit seinen weitergehenden Begehren ist der Kläger abgewiesen.

---

29. Urtheil vom 21. Februar 1891 in Sachen Steußi gegen Martin und Gengel.

A. Durch Urtheil vom 11. November 1890 hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden erkannt:

1. Das gestellte Satisfaktionsbegehren sowie die Entschädigungsforderung des Klägers werden wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers abgewiesen.

2. Die gerichtlichen Kosten erster und zweiter Instanz, letztere im Betrage von Fr. hat Klägerpart zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten werden allseitig kompensirt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Die Beklagten seien, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils, solidarisch zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung im Betrage von 6000 Fr. eventuell in einem nach richterlichem Ermessen festzustellenden Betrage zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Dagegen beantragt der Vertreter der Beklagten, die Klage sei mangels Kompetenz, eventuell mangels Legitimation des Klägers und auch als materiell völlig unbegründet, unter voller gerichtlicher und außergerichtlicher Kostenfolge abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In Nr. 86 des in Chur erscheinenden „Freien Rhätier" vom 11. April 1889 war ein „Eingesandt" aus Landquart erschienen, welches folgendermaßen lautet: „Daß die Schlaumeier „noch nicht ausgestorben, beweist folgendes Stücklein, das dem„selben jedoch noch nicht ganz gelungen zu sein scheint. — Ein „Holzhändler hatte von hier nach Davos Schwellenlieferungen „übernommen, die aus Lärchenholz bestehen sollten. Da Weiß-

„tannenholz bekanntlich bedeutend billiger, ließ derselbe die Schwel-
„len von diesem Holze anfertigen und mit Farbstoff tränken, so
„daß dieselben wie Lärchenholz aussahen. Der brave Mann hat
„nur übersehen, daß die Schwellen noch gedeirelt werden müssen,
„wodurch natürlich das Weißtannenholz zum Vorschein kam, sonst
„hätte dieser Streich noch fast gelingen können. Fünf Eisenbahn-
„wagenladungen solcher Schwellen waren bereits hier angelangt."
Durch diese Einsendung fühlte sich Holzhändler L. Steußi in
Unterterzen, welcher zu jener Zeit Schwellen für den Bahnbau
Landquart-Davos nach der Station Landquart geliefert hatte, an
seiner Ehre verletzt. Er verlangte von der Redaktion des „Freien
Rhätier" Nennung des Einsenders und Veröffentlichung einer
von ihm redigirten Einsendung („Mitgetheilt"), durch welche die
fragliche Nachricht dementirt wurde. Die Redaktion nahm diese
Einsendung zwar auf, allein in etwas abgeänderter Fassung,
nach welcher das Dementi nicht, wie Steußi wünschte, als eine
Mittheilung der Redaktion, sondern als Kundgebung eines Ein-
senders aus „Unterterzen" erschien. Daraufhin erhob L. Steußi
gegen den in der Folge von der Redaktion des „Freien Rhätier"
genannten Einsender des Artikels in Nr. 86 dieses Blattes,
O. Martin, und gegen den verantwortlichen Redaktor und
Herausgeber des „Freien Rhätier", F. Gengel, Injurien- und
Entschädigungsklage, indem er Bestrafung der Beklagten wegen
Preßinjurie, gerichtliche Satisfaktion, Veröffentlichung des Ur-
theils und solidarische Verurtheilung der Beklagten zu einer Ent-
schädigung von 6000 Fr. wegen Kreditschädigung verlangte. Die
Beklagten hatten dem Kläger vor Vermittleramt Satisfaktion an-
geboten. Im Prozesse machten sie geltend, die Einsendung enthalte
keine Ehrverletzung gegenüber dem Kläger und traten den Be-
weis dafür an, daß der Kläger wirklich gefärbte Schwellen ge-
liefert habe. Das Beweisverfahren hat, wie die erste Instanz fest-
stellte, nicht ergeben, daß der Kläger statt lärchener weißtannene
Schwellen geliefert oder zu liefern versucht habe; wohl aber ist
festgestellt worden, daß mit dem Wissen des Klägers von dessen
Leuten zwar nicht fünf Wagenladungen, wohl aber eine gewisse
Anzahl föhrener statt lärchener oder eichener Schwellen geliefert
wurden und daß ebenfalls mit seinem Wissen einige dieser (ge-

genüber den Lärchenschwellen minderwerthigen) Föhrenschwellen, um sie als solche aus Lärchenholz erscheinen zu lassen, mit Ziegelfarbe gefärbt worden waren. Die Direktion der Schmalspurbahn Landquart-Davos hatte mit Schreiben vom 2. April 1889 deßwegen bei der Eisenbahnkommission Prättigau und Davos reklamirt und dieselbe ersucht, diesem „betrüglichen Unwesen" zu steuern. Die Eisenbahnkommission hatte daraufhin eine Untersuchung des Sachverhaltes angeordnet und nach deren Beendigung den Kläger für die hiefür erwachsenen Kosten verantwortlich gemacht und ihn vor einer Wiederholung ähnlicher Handlung gewarnt. Die erste Instanz (Bezirksgericht Unterlandquart) hat die Beklagten, da der Beweis der Wahrheit für den in der inkriminirten Einsendung gemachten Vorwurf in demjenigen Sinne und Umfange, wie derselbe dort erhoben wurde, nicht erbracht worden sei, wegen Verleumdung solidarisch zu einer Buße von 50 Fr. verurtheilt, dagegen, da die Handlungsweise des Klägers immerhin als eine nicht ehrenhafte bezeichnet werden müsse und, wenn auch nur in relativ geringfügigem Maße, den Charakter der betrügerischen Handlung an sich trage, die Schadenersatzklage abgewiesen und die gerichtliche Satisfaktion nur in beschränktem Sinne ausgesprochen, auch dem Kläger einen Dritttheil der Kosten des Verfahrens auferlegt. Auf Beschwerde des Klägers hat dagegen die zweite Instanz abändernd in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt, im Wesentlichen mit der Begründung: Der Kläger sei zu dem von ihm in erster Linie gestellten Satisfaktionsbegehren nicht legitimirt, da er in dem eingeklagten Artikel weder mit Namen genannt, noch sonst in einer derart deutlichen Weise bezeichnet werde, daß sich der Artikel auf ihn und nur auf ihn beziehen müsse; es könne danach auch der animus injuriandi, welcher einen bestimmten Zweck und ein bestimmtes Objekt voraussetze, bei dem Beklagten Martin um so weniger angenommen werden, als die Darstellung des eingeklagten Artikels, welche eher humoristisch sein solle, denselben ausschließe, womit die Erklärungen vor Gerichtsschranken und das schon vor der Vermittlung erfolgte und in der Verhandlung widerholte Satisfaktionsanerbieten übereinstimme. Nachdem die Satisfaktionsklage wegen mangelnder Legitimation des Klägers abzuweisen sei, entfalle auch jede Begründung

für die nur auf Basis derselben zuläßige Entschädigungsklage.

2. Die Beschwerde richtet sich einzig gegen die Entscheidung über die Schadenersatzforderung des Klägers, nicht gegen diejenige über die Straf- und Satisfaktionsklage. In ersterer Richtung ist die Beschwerde zuläßig und das Bundesgericht kompetent. Wenn der Anwalt der Beklagten heute eingewendet hat, da der Kläger seinen Schadenersatzanspruch nicht gesondert, sondern in Verbindung mit einer Straf- und Satisfaktionsklage geltend gemacht habe, so unterstehe derselbe nicht dem eidgenössischen, sondern dem kantonalen Rechte, so ist dies unbegründet. Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, mögen nun diese den Thatbestand kantonalrechtlich strafbarer Delikte erfüllen oder nicht, wird, soweit nicht das Obligationenrecht selbst das kantonale Recht vorbehält, ausschließlich durch das eidgenössische Recht, die Vorschriften der Art. 50 u. ff. O.-R., und nicht durch das kantonale Recht beherrscht; insbesondere gilt dies auch für die Schadenersatzpflicht aus Preßdelikten. Die sachbezüglichen kantonalrechtlichen Vorschriften sind durch das Obligationenrecht aufgehoben. Ob ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung für sich allein, im Wege des Civilprozeßes, oder in Verbindung mit einer Straf- oder Injurienklage im Adhäsionsverfahren geltend gemacht wird, ist für dessen rechtliche Natur selbstverständlich gleichgültig; im einen wie im andern Falle erscheint derselbe als ein privatrechtlicher Anspruch eidgenössischen Rechtes, welcher nach den Vorschriften des Obligationenrechtes zu beurtheilen ist. Ist aber eidgenössisches Recht anwendbar, so ist das Bundesgericht kompetent. Denn nach konstanter Praxis wird die Weiterziehung civilrechtlicher Entscheidungen kantonaler Gerichte an das Bundesgericht dadurch nicht ausgeschlossen, daß dieselben im Adhäsionsverfahren, in Verbindung mit einem Strafurtheile, ausgefällt wurden.

3. Das Bundesgericht hat selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruches aus unerlaubter Handlung gegeben seien. Die Entscheidung der Vorinstanz, welche die Strafklage wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen hat, ist für den Civilrichter nicht präjudiziell; ist auch durch dieselbe die Existenz eines Strafanspruchs rechtskräftig verneint, so gilt dies doch nicht für den civilrechtlichen Entschädigungsanspruch. Wenn

auch derselbe aus der gleichen, als widerrechtlich bezeichneten Handlung wie der Strafanspruch abgeleitet wird, so ist er doch von demselben rechtlich seiner Natur und seinen Voraussetzungen nach verschieden und es ist das Vorhandensein der letztern vom Civilrichter selbständig zu prüfen.

4. Nun kann nach dem gesammten Sachverhalte keinem Zweifel unterliegen, daß der eingeklagte Zeitungsartikel sich auf den Kläger bezog und dies, zwar nicht für jedermann ohne weiters ersichtlich war, wohl aber denjenigen, welche den Verhältnissen näher standen, klar sein mußte und auch von solchen, welche sich etwa um die Sache besonders interessirten, ohne Schwierigkeit ermittelt werden konnte. Freilich war der Kläger nicht der einzige Schwellenlieferant für die Linie Landquart-Davos, wohl aber war er der einzige, welcher um die Zeit des Erscheinens des eingeklagten Artikels eine Lieferung gemacht hatte, bei welcher ein Anstand wegen „gefärbter" Schwellen erhoben worden war. Die Beziehung des Artikels auf den Kläger mußte also allen denjenigen, welche von dem Stande der Schwellenlieferungen irgend welche Kenntniß hatten, ohne weiters klar sein. Wegen mangelnder „Aktivlegitimation" kann danach die Klage nicht abgewiesen werden. Im Weitern mag zugegeben werden, daß ein (fahrläßiges) Verschulden der Beklagten, insbesondere des Beklagten Martin, insofern vorliegt, als der eingeklagte Artikel offenbar im Anhalte an die in Landquart unter den Bahnangestellten u. s. w. umhergebotenen, vom Verfasser ohne weitere, doch leicht mögliche Erkundigung übernommenen Gerüchte die Vorgänge in höchst übertreibender Weise darstellt. Allein nichtsdestoweniger ist der klägerische Schadenersatzanspruch zu verwerfen. Ein Vermögensschaden ist in keiner Weise dargethan; der Kläger hat es gänzlich unterlassen, dem Richter Anhaltspunkte beizubringen, welche darauf schließen ließen, daß sein Geschäftskredit und dergleichen, durch den eingeklagten Artikel wäre erschüttert worden. Schon aus diesem Grunde ist also die Gutheißung einer Entschädigung für Vermögensschaden ausgeschlossen. Eine Entschädigung für erlittenes moralisches Leid gemäß Art. 55 O.-R. sodann ist deßhalb nicht zu sprechen, weil auf eine Entschädigung wegen ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse nach dem Willen des Gesetzes (Art. 51

Abs. 2 O.-R.) gewiß dann nicht zu erkennen ist, wenn der Gekränkte die Kränkung wesentlich durch eigene Schuld sich zugezogen hat, also die etwa eingetretene Störung seiner persönlichen Verhältnisse in allererster Linie selbst herbeigeführt hat. Dies trifft aber hier zu. Allerdings schießt der eingeklagte Artikel durch seine übertreibende Darstellung über das Ziel hinaus. Allein der Kläger hat durch sein eigenes Verhalten verschuldet, daß Gerüchte, wie der Artikel sie wiedergibt, sich bildeten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Schadenersatzklage des Klägers wird, unter Verwerfung der von demselben gegen das angefochtene Urtheil des Kantonsgerichtes des Kantons Graubünden eingelegten Weiterziehung, als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Kantonsgerichtes des Kantons Graubünden vom 11. November 1890 sein Bewenden.

---

30. Urtheil vom 21. März 1891 in Sachen Puhlmann gegen Orell Füßli & Cie.

A. Durch Urtheil vom 27. Januar 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes der Kantons Zürtch erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen;
2. Die Staatsgebühr für die zweite Instanz ist auf 40 Fr. festgesetzt;
3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind dem Kläger auferlegt;
4. Derselbe hat die Beklagten für außergerichtliche Kosten und Umtriebe in beiden Instanzen mit 60 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er die Anträge anmeldete:

1. Es sei die Weiterziehung begründet zu erklären und die Klage gutzuheißen;
2. Eventuell es seien die zürcherischen Gerichte zu veranlassen, dem Kläger den von ihm beantragten Beweis abzunehmen, daß

sein (des Klägers) Büchlein über die Pilatusbahn eine durchaus selbständige Arbeit und kein Plagiat des von Hardmeier-Jenny herausgegebenen Europäischen Wanderbildes die „Pilatusbahn" sei;

3. Eventuell es sei die Klage in einem durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Umfange gutzuheißen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Bei der heutigen Verhandlung beantragt der, persönlich erscheinende, Kläger Zuspruch seiner Entschädigungsforderung, indem er immerhin erklärt, daß er die Feststellung des Quantitativs der Forderung dem richterlichen Ermessen anheimstelle.

Der Anwalt der Beklagten und Rekursbeklagten trägt auf Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Firma Orell Füßli & Cie. hatte im November 1889 gegen H. Puhlmann beim Statthalteramte Arlesheim Strafanzeige wegen Urheberrechtsverletzung erstattet, weil derselbe das von ihr herausgegebene illustrirte Büchlein „die Pilatusbahn" (Nr. 153 und 154 der „Europäischen Wanderbilder") in rechtswidriger Weise zur Herstellung des von ihm selbst herausgegebenen Reisebuches „Pilatusbahn" ausgebeutet habe. Behauptet war dabei speziell, Puhlmann habe vier in den „Europäischen Wanderbildern" erschienene Illustrationen („Hotels auf dem Pilatus", „Wolfortbachviadukt", „Mattalp" und „oberste Bahnpartie") nachgeahmt und auch den Text des „Wanderbildes" vielfach für sich ausgebeutet. Puhlmann bestritt, sich des Nachdruckes schuldig gemacht zu haben; sein Büchlein sei ein durchaus selbständiges, von ihm ohne Kenntniß des „Wanderbildes" und vor dessen Erscheinen verfaßtes Werk. Bezüglich der Illustrationen machte er speziell geltend, daß er das Cliche der „Hotels auf dem Pilatus" von der Direktion der Pilatusbahn, welche dasselbe der Firma Orell Füßli & Cie. abgekauft, zu beliebigem Gebrauche erhalten und die Illustrationen „Wolfortbachviadukt" und „Mattalp" nicht dem „Wanderbilde", sondern dem Prospekte der Pilatusbahn entnommen habe. Diese letztere habe die fraglichen Zeichnungen durch die Firma Orell Füßli & Cie. (welche dieselben dann auch für die „Wanderbilder" verwendet) erstellen lassen und ihm den Prospekt zur Benutzung übergeben. Das Bild „oberste Bahn-

partie" habe er nach dem Fahrtenplan der Pilatusbahn, einem ihm übergebenen kleinen Cliche und eigenen Aufnahmen erstellt. Die Strafuntersuchung wurde durch Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Baselandschaft vom 19. Juli 1890 sistirt. Daraufhin belangte H. Puhlmann die Firma Orell Füßli & Cie. auf Schadenersatz von 4000 Fr., weil dieselbe ihn durch bewußt oder fahrläßig falsche Anschuldigung geschädigt habe. Zu bemerken ist noch, daß die Firma Orell Füßli & Cie. in ihrer Strafanzeige den Antrag gestellt hatte, es seien die nöthigen vorsorglichen Maßregeln zu treffen, damit weitere Veröffentlichungen des Puhlmannschen Werkes verhindert werden und es sei der Selbstverlag Puhlmanns mit Beschlag zu belegen. Eine Beschlagnahme hat indeß nicht stattgefunden, nach der Behauptung Puhlmanns deßhalb nicht, weil er, im Einverständniß mit dem Untersuchungsbeamten, die sämmtlichen Exemplare seines Büchleins in den verschiedenen Buchhandlungen zurückgezogen habe.

2. In rechtlicher Beziehung ist klar, daß ein Entschädigungsanspruch nicht schon dann begründet ist, wenn die von der Beklagten erhobene Strafklage wegen Urheberrechtsverletzung eine unbegründete gewesen sein sollte, daß es vielmehr hiezu noch des Nachweises eines Verschuldens der Beklagten bedarf. In der civil- oder strafrechtlichen Verfolgung eines vermeintlichen Rechtes liegt a eine widerrechtliche Handlung an sich nicht, vielmehr macht derjenige, welcher den richterlichen Schutz für ein vermeintliches Recht anruft, lediglich von einer jedem Bürger zustehenden Befugniß Gebrauch. Widerrechtlich handelt er nur dann, wenn sein Vorgehen ein arglistiges oder fahrläßiges war, wenn er sich bewußt war oder nach Lage der Sache bewußt sein mußte, daß ihm ein Anspruch in Wirklichkeit nicht zustehe und ihn daher der Vorwurf böswilligen oder leichtfertigen Handelns trifft. Im vorliegenden Falle trifft nun die Beklagte ein solcher Vorwurf jedenfalls nicht. Daß sie nicht eine bewußt falsche Anschuldigung erhoben hat, ist vom Kläger heute selbst zugegeben worden. Allein auch eine Fahrläßigkeit liegt nicht vor. Zwar ist demjenigen, welcher die Verhängung einer so einschneidenden Maßnahme, wie die richterliche Beschlagnahme eines Verlagsartikels, beantragt, wohl zuzumuthen, daß er dies nicht leichthin, sondern erst nach ernstlicher Prüfung der Verhältnisse thue und ist bei Würdigung seines Ver-

haltens ein strengerer Maßstab anzulegen, als wenn es sich blos um die Anhebung einer gerichtlichen Civilklage oder um einen Akt der ordentlichen Schuldbetreibung handelte. Allein im vorliegenden Falle lagen Momente vor, welche die Annahme einer Fahrlässigkeit auf Seiten der Beklagten ausschließen. Jedenfalls in einer Richtung, nämlich in Betreff der Illustration der obersten Bahnpartie, welche blos in den „Wanderbildern" erschienen und nicht der Pilatusbahn zur Verwendung in ihren Prospekten überlassen worden war, mußte für die Beklagte die Annahme einer Urheberrechtsverletzung durch den Kläger zum Mindesten nahe liegen. Hier handelt es sich einerseits wohl unzweifelhaft um eine schutzfähige Zeichnung, an welcher das Urheberrecht der Beklagten zusteht, und ist andrerseits kaum zu verkennen, daß der Kläger dieselbe in seiner Publikation in unbefugter Weise nachgebildet hat. Konnte aber somit die Beklagte zu Einleitung rechtlicher Schritte gegen den Kläger in gutem Glauben und ohne Leichtfertigkeit sich für berechtigt erachten, so erscheint dessen Entschädigungsforderung als unbegründet, ohne daß weiter untersucht zu werden brauchte, ob und wie weit der Thatbestand der Urheberrechtsverletzung zum Nachtheile der Beklagten hier wirklich gegeben war.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 27. Januar 1891 sein Bewenden.

---

31. Urtheil vom 21. März 1891 in Sachen Köhler gegen Lichtenberger.

A. Durch Urtheil vom 17. Januar 1891 hat die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern erkannt: Karl Lichtenberger ist der Ehrbeleidigung gegenüber Elise Köhler geb. Balli, Heinrichs Ehefrau, dato wohnhaft im Storchengäßchen Nr. 20 in Bern, schuldig erklärt und in Anwendung der Art. 179, 183, 256 St.-G., 50 u. ff. O.-R.,

365 und 368 St.-B. polizeilich verurtheilt: 1. zu 10 Fr. Buße; 2. zu 50 Fr. Entschädigung, 80 Fr. erstinstanzliche und 20 Fr. Rekurskosten an Elise Köhler-Balli; zu den Kosten des Staates, bestimmt: a. die erstinstanzlichen auf 16 Fr. 20 Cts.; b. die Rekurskosten des Richteramtes Bern auf 5 Fr.; c. die obergerichtlichen auf 22 Fr.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung ist dieselbe weder persönlich erschienen noch vertreten. Dagegen erscheint der Beklagte persönlich. Derselbe erklärt auf Befragen, er habe das Gefühl, daß er hätte freigesprochen werden sollen, was er wünsche und beantrage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Weiterziehung der Klägerin kann sich natürlich nur auf den Civil-, nicht auf den Strafpunkt beziehen. In letzterer Beziehung ist das Bundesgericht offenbar nicht kompetent; dagegen ist dasselbe, da die Entschädigungsforderung der Klägerin auf 3500 Fr. gestellt ist, also den gesetzlichen Streitwerth erreicht, und nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen ist, zu Beurtheilung des Civilpunktes kompetent. Was sodann die heutige Erklärung des Beklagten anbelangt, er beantrage freigesprochen zu werden, so kann dieselbe nicht in Betracht fallen, da das Bundesgericht zu Beurtheilung des Strafpunktes, wie gesagt, nicht kompetent ist.

2. In der Sache selbst ist die vorinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Der Beklagte hat der Klägerin, nach mehrfachen vergeblichen Mahnungen, durch eine offene Postkarte eine letzte Frist zur Bezahlung zweier photographischer Bilder angesetzt, mit der Drohung, sie, wenn sie nicht bezahle, „im Blatte" öffentlich machen zu wollen, und mit dem Beifügen, daß wenn er damit auch nichts erreichen sollte, doch wenigstens andere vor dergleichen Schwindeleien gewarnt würden; er hat im Fernern das photographische Porträt der Klägerin in seinem an auffälliger Stelle angebrachten Schaukasten ausgestellt, mit der deutlich lesbaren Inschrift „Ausgestellt weil nicht bezahlt", und zwar geschah dies, trotzdem die Klägerin behauptete, daß nicht sie persönlich, sondern vielmehr ihr Ehemann zu Bezahlung der Rechnung des Beklagten verpflichtet sei.

In diesem Verhalten des Beklagten liegt ohne Zweifel eine

unerlaubte Handlung und es mußte auch dadurch, insbesondere durch die Ausstellung ihres Porträts, die Klägerin in ihren persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt werden, wurde sie doch öffentlich in verletzender Weise als böswillige Schuldnerin gekennzeichnet und dem Gespötte des Publikums Preis gegeben. Allein die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung erscheint als vollständig genügend; deren Ausmaß beruht in keiner Weise auf unrichtiger Anwendung des Gesetzes. Ein ökonomischer Schaden ist nicht dargethan; es ist nicht ersichtlich, daß die Klägerin ein Gewerbe betriebe oder sonst in einer Stellung sich befände, in welcher ihr durch Gefährdung ihres Kredites ein materieller Schaden hätte entstehen können; für das blos moralische Leid, welches der Klägerin zugefügt wurde, ist die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung um so mehr vollgenügend, als der Beklagte offenbar in gutem Glauben der, wenn auch vielleicht irrigen, Meinung war, eine Forderung an die Klägerin zu besitzen, deren Bezahlung diese zu Unrecht verweigere, sein Verhalten also wenn auch zweifellos tadelnswerth und widerrechtlich, so doch kein besonders schuldhaftes war.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 17. Januar 1891 sein Bewenden.

VI. Ausdehnung der Haftpflicht. — Extension de la responsabilité civile.

32. *Arrêt du 6 Février 1891 dans la cause Grivel contre Lienhard.*

Par jugement du 23 Décembre 1890, la Cour civile du canton de Vaud, statuant sur la demande civile intentée par Grivel contre Lienhard, a écarté les conclusions du deman-

deur, admis celles libératoires de la partie défenderesse, et condamné le dit demandeur à tous les frais du procès.

C'est contre ce jugement que Grivel, par déclaration du 31 Décembre 1890, a recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise lui adjuger les conclusions prises par lui en demande. Il déclare renoncer à s'appuyer dorénavant sur les prétendus vices d'installation de la scie circulaire par laquelle l'accident s'est produit, installation que le sieur Grivel avait critiquée devant l'instance cantonale.

Le défendeur a conclu au maintien du jugement attaqué.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Le 27 Mars 1890, en travaillant comme ouvrier salarié de Jean Lienhard, locataire de la scierie du Tunnel, à Lausanne, en compagnie de ce dernier et d'un sieur Pittet, Joseph Grivel a été blessé à la main gauche par la scie circulaire, au moment où il confectionnait un coin en bois destiné à être utilisé pour un travail auquel Grivel participait sur l'ordre de son patron.

Par suite de la blessure reçue Grivel a dû être amputé de deux doigts, savoir l'annulaire et le petit doigt de la main gauche, opération qui entraîna une incapacité de travail de 3 semaines seulement. Grivel a reçu de Lienhard son salaire jusqu'au 10 Mai 1890, plus une certaine quantité de bois; Lienhard, au cours du procès, a, en outre, offert amiablement une indemnité de 150 francs au demandeur, pour le cas où il se désisterait de son action, mais cette offre ne fut pas acceptée. — Grivel est actuellement employé dans la brasserie Gassler, à Lausanne, où il perçoit un salaire au moins égal à celui que lui payait Lienhard.

Par demande déposée au greffe cantonal vaudois le 26 Août 1890, Grivel fondé sur les dispositions de la loi fédérale du 25 Juin 1881 sur la responsabilité civile des fabricants, a conclu à ce qu'il plaise à la Cour civile prononcer que Lienhard est son débiteur d'une somme de 3000 francs et intérêts au 5 % dès le 26 Juin 1890, pour indemnité ensuite de l'accident du 27 Mars 1890.

Par son jugement du 23 Décembre suivant, dont est recours, la Cour civile a statué comme il est dit plus haut.

En droit :

2° Le jour de l'accident, la scierie du Tunnel figurait dans la liste des établissements soumis à la loi du 23 Mars 1877 concernant le travail dans les fabriques.

En ce qui concerne la responsabilité du défendeur, le demandeur a déclaré, à l'audience de ce jour, abandonner son allégué consistant à prétendre que la scie circulaire aurait été construite d'une manière défectueuse. Il reste à examiner si cette responsabilité résulte de l'art. 2 de la loi sur la responsabilité civile des fabricants.

Le sieur Lienhard ayant excipé de la propre faute de la victime, la Cour a admis cette faute, par les motifs que Grivel n'avait point reçu l'ordre de confectionner un coin neuf, en usant de la scie circulaire ; qu'en confectionnant néanmoins ce coin, destiné à détacher, soit à soulever les plateaux d'une bille de noyer, Grivel le tenait par le petit bout, mode de procéder dangereux, et que pour faire un coin de ce genre il n'était point nécessaire d'utiliser la scie circulaire, une hache pouvant suffire.

Ces divers motifs n'apparaissent toutefois point comme constitutifs de la propre faute prévue à l'art. 2. précité. En effet :

3° Il ne se justifie pas de prétendre qu'en se rendant à la scie circulaire pour confectionner le coin destiné à détacher les plateaux d'une bille, le demandeur a quitté le travail commencé pour en entreprendre un autre qui ne lui avait pas été ordonné.

Le détachement et l'enlèvement de ces plateaux n'étaient point exécutés d'après les règles d'une division stricte des opérations entre les trois personnes qui s'en occupaient ; il n'est, en particulier, nullement établi, ni même allégué, que Grivel ait reçu l'ordre exprès de vaquer exclusivement à la manutention, soit à l'enlèvement des cuéneaux et plateaux, sans avoir à s'inquiéter en quoi que ce soit de ce qui concernait les coins. Un ordre tacite dans ce sens n'existait pas

davantage, puisque Lienhard, qui voyait le demandeur s'approcher de la scie circulaire dans le but indiqué, n'a rien fait pour l'en détourner; ainsi dans sa déposition lors de l'enquête pénale instruite par le juge informateur de Lausanne à la suite de l'accident, Lienhard n'a d'ailleurs pas prétendu qu'en se livrant à la confection du coin en question, Grivel ait usurpé un travail qui lui était interdit, mais il s'est borné à constater que le demandeur « prenait son morceau de bois maladroitement » et le poussait directement, au lieu de le placer sur le chariot.

La confection du coin neuf par Grivel n'était pas un travail superflu, puisqu'il est établi, d'une part, que les deux vieux coins, dont on pouvait disposer, étaient de qualité inférieure, et que celui fabriqué par le demandeur a été réellement utilisé quelques instants après par l'ouvrier Pittet.

En tout cas, même une appréciation inexacte, de la part de Grivel, de la nécessité de ce travail ne saurait, en dehors de toute négligence de sa part, lui être imputée à faute, dès le moment où le défendeur n'a point protesté contre le dit travail, entrepris dans son intérêt et sous ses yeux.

4° Le reproche fondé sur l'usage fait par Grivel de la scie circulaire en vue de ce travail n'est pas davantage justifié. Il n'est pas établi que cet usage fût interdit en pareil cas; l'attitude passive de Lienhard, alors qu'il voyait le demandeur se diriger vers cet instrument, et la déposition de l'ouvrier Pittet, disant simplement que Grivel « allait à la circulaire pour confectionner un coin » parlent certainement en faveur du contraire.

5° Il est, en revanche, constaté par l'instance cantonale que Grivel a saisi par le petit bout le morceau de bois qu'il présentait à la scie. Ce mode d'agir ne pouvait toutefois exclure la responsabilité de l'entrepreneur que s'il était établi qu'il impliquait un défaut de prudence ou une négligence de la part du demandeur; or la partie défenderesse, à laquelle il incombait de le démontrer, n'a offert aucune preuve à cet effet.

En tout cas il y aurait lieu de prendre en considération que, dès le moment qu'il ne s'agissait pas d'un ouvrier scieur de

profession, mais d'un simple manœuvre, l'emploi de celui-ci à la scie circulaire par le défendeur comportait de la part du sieur Lienhard un risque dont il doit supporter les conséquences, alors que la maladresse cause de l'accident doit être attribuée à l'impéritie de la victime.

Il ressort de tout ce qui précède qu'aucune faute, dans le sens de l'art. 2. de la loi de 1881 sur la responsabilité des fabricants, ne peut être attribuée au sieur Grivel, et que le défendeur Lienhard demeure dès lors, aux termes du même article, responsable du dommage causé à son ouvrier.

6° Relativement à la quotité de l'indemnité à allouer au demandeur, en prenant en considération la diminution de capacité de travail résultant pour un manœuvre de la perte des deux dernières phalanges du petit doigt et de l'annulaire de la main gauche, en tenant compte du fait non contesté que, depuis l'accident, Grivel a trouvé une occupation non moins lucrative, en considérant enfin l'âge de 39 ans du demandeur, le montant de son gain annuel et la circonstance qu'il a déjà reçu 158 francs du défendeur, une somme de 600 francs apparaît comme un équivalent suffisant du dommage éprouvé par le dit demandeur.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et le jugement rendu les 17/23 Décembre 1890 par la Cour civile du canton de Vaud est réformé en ce sens que le défendeur Jean Lienhard est condamné à payer à titre de dommages-intérêts au demandeur Joseph Grivel-Pittet, la somme de 600 francs avec intérêt à 5 % l'an dès le 26 Juin 1890.

VII. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten.

Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

33. Urtheil vom 27. Februar 1891 in Sachen Schweizerische Centralbahn und Nordostbahn gegen Bund.

A. Durch Beschluß des Bundesrathes vom 19. Juni 1886 wurden die Verwaltungen der Schweizerischen Nordostbahn und der Schweizerischen Centralbahn verhalten, eine Nachtzugsverbindung zwischen Bern und Zürich in der mit dem Eisenbahndepartement vereinbarten Weise zur Ausführung zu bringen. An den diesem Beschlusse vorangegangenen Konferenzen zwischen dem Eisenbahndepartement und den Bahnverwaltungen war das Projekt eines langsamfahrenden, aus Post- und Personenwagen aller Klassen gebildeten Nachtzuges Bern-Zürich und umgekehrt (Abgang in Bern und Zürich 11 Uhr 30 Nachmittags, Ankunft 4 Uhr 20 und 4 Uhr 30 Vormittags) mit Anhalten auf verschiedenen Zwischenstationen festgestellt worden. Dieser Zug wurde gemäß dem Beschlusse des Bundesrathes vom 25. Juli 1886 an bis zum 14. Oktober 1886 ausgeführt. Die Bahnverwaltungen hatten an den stattgefundenen Konferenzen und in einer Zuschrift an das Eisenbahndepartement vom 18. Juni 1886 dessen Fahrtordnung und Anschlüsse als zur Vermehrung des Personenverkehrs absolut ungeeignet bezeichnet; letzterer Zweck könnte durch Nachtzüge nur dann bis zu einem gewissen Grade erreicht werden, wenn diese Züge nach beiden Fahrtrichtungen unmittelbaren Anschluß an durchgehende Schnellzüge der ausländischen Bahnen erlangen und auch über schweizerisches Gebiet mit der zulässigen Maximalgeschwindigkeit gefahren würden. Der projektirte Nachtzug Bern-Zürich biete nur für die Postverwaltung Vortheile dar. Gestützt hierauf behaupteten die Bahnverwaltungen in ihrer Zuschrift vom

18. Juni 1886, es könne ihnen nicht zugemuthet werden, auch nur einen Theil der Ausführungskosten der projektirten „nächtlichen Postzüge" zu übernehmen und sie können daher zu deren Ausführung nur unter der Voraussetzung Hand bieten, daß ihnen vom Bunde voller Ersatz der Kosten (über deren muthmaßlichen Belauf sie einen Voranschlag einreichten) geleistet werde. Der Bundesrath wies dem gegenüber durch Schreiben vom 30. Juli 1886 daraufhin, daß die Gesellschaften sich den auf Grund des Art. 33 des Eisenbahngesetzes im Interesse des durchgehenden Verkehrs vom Bundesrathe getroffenen Anordnungen zu unterwerfen haben, ohne deren Ausführung an Bedingungen knüpfen zu können; hingegen stehe den Gesellschaften durchaus das Recht zu, das Bundesgericht um Entscheidung der Frage zu ersuchen, ob und in welchem Maße Dritte an die Mehrausgaben der Nachtzüge beizutragen haben. Indessen dürfe er nicht anerkennen, daß unter diesen Dritten die eidgenössische Postverwaltung mitverstanden sei. Jedenfalls könne keine Rede davon sein, daß diese aus den Nachtzügen Vortheil ziehen werde; es werden ihr im Gegentheil Mehrausgaben erwachsen.

B. Mit Schriftsatz vom 31. Oktober / 19. November 1888 stellen die Centralbahngesellschaft und die Nordostbahngesellschaft beim Bundesgerichte das Begehren:

1. Der hohe Bundesrath Namens der schweizerischen Eidgenossenschaft sei zu verurtheilen, an die klägerischen Bahngesellschaften eine Entschädigung von 41,857 Fr., nämlich:

a. Der Centralbahn 26,317 Fr. 47 Cts.

b. Der Nordostbahn 15,539 Fr. 47 Cts.

zuzüglich Verzugszins à 5 % seit dem Tage der Zustellung dieser Klage zu bezahlen.

2. Derselbe sei ferner in alle gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu verfällen.

Zur Begründung machen sie grundsätzlich folgende Gesichtspunkte geltend: Einer Erörterung der bekannten Kontroverse über die rechtliche Natur der durch die Eisenbahnkonzessionen begründeten Rechte der Konzessionäre und die Befugniß des Bundes, dieselben im Wege der Gesetzgebung mit oder ohne Entschädigung aufzuheben, bedürfe es im vorliegenden Falle nicht. Die Kläger

stützen sich auf die vom Bundesrathe selbst angewendete Gesetzesbestimmung, den Art. 33 des Eisenbahngesetzes. Diese Gesetzesbestimmung verpflichte einerseits die Bahngesellschaften im Interesse des durchgehenden Verkehrs zu Leistungen, welche über ihre konzessionsmäßigen Verpflichtungen hinausgehen, andrerseits gewähre sie denselben einen Anspruch auf Entschädigung, wenn ihnen billigerweise die betreffenden besondern Leistungen nicht allein zugemuthet werden können. Außer Zweifel dürfte nun stehen, daß es sich bei den Nachtzügen Bern-Zürich um besondere Leistungen im Interesse des durchgehenden Verkehrs handle. Dagegen sei streitig, ob der Bund (ganz oder theilweise) entschädigungspflichtig sei. Nun sei richtig, daß das Gesetz (Art. 33 Alinea 4 cit.) nicht ausdrücklich bestimme, wer zu Leistung der vorgesehenen Entschädigung verpflichtet sei; allein es könne niemand anders gemeint sein, als der Bund. Die vorausgehenden Bestimmungen des Gesetzes (Alinea 1, 2 und 3 des Art. 33) handeln überhaupt nur von zwei Personen, vom Bundesrathe als zu Anordnungen im Interesse des durchgehenden Verkehrs u. s. w. berechtigt, und den Bahngesellschaften, als zu Ausführung dieser Anordnungen verpflichtet. Wenn daher Alinea 4 den durch eine bundesräthliche Anordnung geschädigten Bahngesellschaften einen Entschädigungsanspruch verleihe, so könne dieser sich nur gegen den Bund richten, welcher die fragliche Anordnung befohlen habe. Daneben sehe denn das Gesetz (im zweiten Satze des Alinea 4) auch noch den Fall vor, daß neben der direkt betroffenen Bahngesellschaft und neben dem Bunde vielleicht noch andere Dritte (Bahn- oder Dampfschiffgesellschaften, Kantone oder Gemeinden, welche die betreffenden Leistungen verlangt haben) mitinteressirt seien und gestatte, auch diese Dritten als Pflichtige heranzuziehen und zu Beiträgen zu verhalten; in erster Linie aber erscheine der Bund als entschädigungspflichtig. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 33 zeige deutlich, daß man bei dessen Aufnahme in das Gesetz den Fall vor Augen gehabt habe, daß der Bund für die Betriebsdefizite haftbar gemacht werden könne, insbesondere dann, wenn das Interesse der eidgenössischen Postverwaltung durch die betreffende Anordnung gefördert werde oder gar ihr zu lieb die ganze Anordnung getroffen worden sei. Freilich scheinen nach der Entste-

hungsgeschichte des Gesetzes die eidgenössischen Räthe angenommen zu haben, daß der Bund nur sekundär hafte und die andern Dritten zuerst in Frage kommen. Allein im Wortlaute des Gesetzes habe diese Anschauung keinen Ausdruck gefunden; nach diesem komme vielmehr, wie bemerkt, der Bund in erster Linie und nur nebenbei andere Dritte in Betracht; dies sei übrigens für den vorliegenden Fall gleichgültig, denn hier kommen keine andern Interessenten neben dem Bunde in Frage, da weder eine andere Bahngesellschaft noch Kantone die Einführung von Nachtzügen verlangt haben. Daß der Bund nach Maßgabe des Art. 33 Alinea 4 zur Kostentragung könne herangezogen werden, ergebe sich auch aus Art. 28 litt. c O.-G., wo sachbezügliche Streitigkeiten zwischen Eisenbahngesellschaften und Bund ausdrücklich als in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallend, aufgezählt werden. Der Beklagte habe sich denn auch mit Bezug auf seine Haftpflicht aus Art. 33 E.-G. nicht stets ablehnend verhalten; so habe er sich, als er auf Drängen des Kantons St. Gallen die Nordostbahn zu besondern Leistungen für den durchgehenden Verkehr verhalten habe, von dem Regierungsrathe des Kantons St. Gallen einen Garantieschein ausstellen lassen, demzufolge St. Gallen für die dem Bunde allfällig aufzulegenden Kostenbeiträge aufzukommen hätte; so habe er ferner der Suisse-Occidentale-Simplon einen Beitrag an die Kosten der von ihr zu führenden Nachtzüge gewährt. Sei somit der Bund gemäß Art. 33 E.-G. entschädigungspflichtiges Subjekt, so seien die Voraussetzungen, unter welchen dieses Gesetz ein Entschädigungsanspruch gewähre, gegeben. Denn die besondern Leistungen für die Nachtzüge können den klägerischen Bahnen billigerweise nicht allein zugemuthet werden. Die Pflicht zur Führung der fraglichen Nachtzüge folge weder aus den Konzessionen noch aus einer speziellen Bestimmung des Gesetzes; sie sei durch einen Machtspruch des Bundesrathes den Bahngesellschaften, trotz ihres Widerspruchs und trotz des sicher in Aussicht stehenden Verlustes, auferlegt worden. Da die Bahngesellschaften Erwerbsgesellschaften seien, welche aus ihren vom Gesetzgeber selbst bestimmten Einnahmen ihre Betriebskosten bestreiten und ihr Anlagekapital verzinsen müssen, so wäre es eine Unbilligkeit, ja ein Unrecht, denselben die Kosten der

Nachtzüge allein aufzuerlegen. Um so mehr als thatsächlich die Nachtzüge nicht des Personenverkehrs wegen, sondern ausschließlich im Interesse der Postverwaltung seien eingeführt worden, also mit dem direkten Ziele, die fiskalischen Interessen der Bundesverwaltung zu fördern, welches Ziel denn auch wirklich erreicht worden sei. Die Bahngesellschaften haben auch von Anfang an nachdrücklich darauf hingewiesen, daß die vom Bundesrathe proponirte Fahrordnung eine ungeschickte sei. Die Bundesorgane haben aber damals keine Belehrung annehmen wollen. Nach einem halben Jahre dann seien sie freilich auch zu der Einsicht gelangt, daß die vorgeschriebene Fahrordnung die Bahngesellschaften schwer schädige, ohne für das Publikum und die Post die angemessenste zu sein und haben daher Modifikationen der Fahrordnung eintreten lassen, welche geeignet seien, den in Frage liegenden Interessen besser zu dienen und die Spesen der Bahnen zu verringern. Diese Verhältnisse lassen es als billig und gerecht erscheinen, daß der Bund mit der ganzen Verlustsumme belastet werde, was nach dem Gesetze nicht ausgeschlossen sei. Diese belaufe sich, billig berechnet, für die beiden Bahnen zusammen auf die geforderte Summe von 41,857 Fr., wie des nähern ausgeführt wird. Sollte das Gericht finden, daß nach Art. 33 E.-G. nur eine partielle Entschädigungspflicht bestehe, so überlassen die Kläger die Festsetzung der Quoten dem richterlichen Ermessen.

C. Der schweizerische Bundesrath stellt in seiner Vernehmlassung auf diese Klage den Antrag: Es seien die Klagsbegehren abzuweisen unter Kostenfolge. Er macht wesentlich folgende Gesichtspunkte geltend: Art. 33 Alinea 4 E.-G. bezeichne als entschädigungs- respektive beitragspflichtig, nicht den Bund und daneben noch Dritte, sondern ausschließlich „Dritte"; darunter könnte, rein sprachlich genommen, der Bund überhaupt nicht verstanden werden, da der Gesetzgeber von sich selbst nicht als von einem „Dritten" zu sprechen pflege, der Ausdruck vielmehr auf Dritte, vom Bunde und den betheiligten Eisenbahngesellschaften verschiedene Personen deute, auch in denjenigen Bestimmungen des Eisenbahngesetzes (Art. 14 und 24), wo wirklich der Bund als entschädigungspflichtig habe erklärt werden sollen, er ausdrücklich genannt sei. Der wahre Sinn des Art. 33 Alinea 4 E.-G. könne

nur an der Hand der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, ermittelt werden; aus derselben ergebe sich nun, daß es allerdings Fälle geben könne, wo eine Beitragspflicht des Bundes als gerechtfertigt erscheine; allein es sei dies nur dann der Fall, wenn der Bund in seiner Eigenschaft als Fiskus von einer neuen Einrichtung erheblichen Vortheil zöge. In allen andern Fällen, überall da wo der Bundesrath nicht im fiskalischen sondern im öffentlichen Verkehrsinteresse in seiner staatshoheitlichen Stellung die Bahngesellschaften zu Leistungen für den durchgehenden Verkehr verhalte, sei eine Entschädigungspflicht des Bundes ausgeschlossen und könne sich ein Entschädigungs- respektive Beitragsanspruch wesentlich nur gegen andere Bahngesellschaften richten, welche aus der betreffenden Einrichtung Vortheil ziehen. Bei Erlaß des Eisenbahngesetzes sei die Absicht des Gesetzgebers gerade dahin gegangen, die Staatsgewalt gegenüber den Bahngesellschaften zu stärken, in die Hände der erstern solche Befugniße zu legen, welche es derselben ermöglichen, die Bahngesellschaften zu Erfüllung ihrer Verkehrsaufgabe anzuhalten; in dieser Tendenz wurzle Art. 33 E.-G., bei dessen Aufstellung man gerade auch an die Nachtzüge gedacht habe. Im vorliegenden Falle nun seien die fraglichen Nachtzüge nicht von der eidgenössischen Postverwaltung verlangt oder angeregt worden — die Postverwaltung habe sich eher ablehnend verhalten, — sie seien vielmehr in Folge langjähriger, stets wiederholter Beschwerden aus verkehrtreibenden Kreisen und entsprechender Postulate der Bundesversammlung lediglich zu Förderung des Verkehrs angeordnet worden. Die eidgenössische Postverwaltung habe aus den Nachtzügen, wenn auch durch dieselben der Postverkehr gefördert worden sei, nicht nur keinen finanziellen Vortheil gezogen, sondern im Gegentheil, sei ihr durch dieselbe eine Mehrausgabe von 9488 Fr. 25 Cts. entstanden. Da die Maßregel somit keinen fiskalischen Charakter an sich trage, sondern vom Bunde als Inhaber der Staatshoheit im öffentlichen Verkehrsinteresse sei angeordnet worden, so bestehe eine Schadenersatzpflicht des Bundes nicht. Die von den Bahngesellschaften als unzweckmäßig bekämpfte Fahrordnung der Nachtzüge während der in Rede stehenden Zeit sei gerade mit Rücksicht auf die Bahngesellschaften gewählt worden, um zunächst mit einer weniger kost-

spieligen Einrichtung als derjenigen eines durchgehenden Nachtschnellzuges zu beginnen; die Bahngesellschaften haben übrigens, obschon vom Bundesrathe dazu aufgefordert, positive Gegenvorschläge nicht gemacht. Die Nachtzüge haben auch in ihrer damaligen Gestalt dem internen Verkehr, insbesondere dem Postverkehr, gute Dienste geleistet. Vor der Einführung der Nachtzüge seien die Postverbindungen auf der in Frage stehenden Linie (in Folge des Wegfalles der früher bestehenden Nachtposten) sogar schlechter gewesen, als vor Eröffnung der Eisenbahnen im Jahre 1852, so daß die Vorschrift des Art. 33 Ziffer 1 der Bundesverfassung von 1848 (die gegenwärtig bestehenden Postverbindungen dürfen im Ganzen ohne Zustimmung der betheiligten Kantone nicht vermindert werden) nicht erfüllt worden sei. Durch Ueberlassung des Monopols des Reisendentransportes an die Eisenbahnen und durch die nothwendige Kreirung der Verbindungen zwischen den Postbüreaux und den Bahnhöfen habe der Bund den Bahnen sehr bedeutende finanzielle Opfer gebracht, wogegen er in seinen Forderungen bezüglich der Leistungen der Eisenbahnen für die Post sehr bescheiden gewesen sei. Bei dieser Sachlage dürfe der Bund gewiß verlangen, daß die Eisenbahnen ihm, respektive der Post gegenüber, wenigstens die ihnen durch Gesetz und Konzession auferlegten Leistungen erfüllen; dies geschehe nicht schon dadurch, daß die Bahngesellschaften den Transport der Post mit denjenigen Zügen besorgen, die sie einzurichten für gut finden, sondern es sei Pflicht der Eisenbahnen, einen Fahrplan aufzustellen, welcher den Erfordernissen eines richtigen und zeitgemäßen Postdienstes entspreche; dazu gehören aber auch die Nachtzüge. Davon, daß die klagenden Bahngesellschaften durch die Führung der in Rede stehenden Nachtzüge in unverhältnißmäßiger Weise seien belastet worden, könne, angesichts der Sachlage, insbesondere der finanziellen Lage der Gesellschaften, keine Rede sein. Die von den Gesellschaften aufgestellte Verlustrechnung sei bei weitem übersetzt; die Gesellschaften haben übrigens thatsächlich und absichtlich alles angewendet, um (durch Einstellung geringen Materials, Beschränkung in der Benutzung der Wartesääle u. s. w.) die fraglichen Nachtzüge dem Publikum unangenehm zu machen.

D. In Replik und Duplik halten die Parteien, unter erwei-

terter Begründung und Bekämpfung der gegnerischen Ausführungen, im Wesentlichen an den in Klage und Antwortschrift eingenommenen Standpunkten, fest. Der Beklagte verweist speziell noch auf Art. 1 der bernischen und aargauischen Konzession für die Schweizerische Centralbahn, wonach die Gesellschaft verpflichtet sei, es sich angelegen sein zu lassen, die Verbesserungen, die namentlich mit Bezug auf die Schnelligkeit und Sicherheit des Dienstes auf andern wohleingerichteten Bahnen des In- und Auslandes eingeführt werden, auch auf der Schweizerischen Centralbahn eintreten zu lassen. Zu den Verbesserungen im Interesse der Schnelligkeit des Betriebes gehören auch Nachtzüge, welche schon lange in allen benachbarten Ländern bestehen und seit 1882 auch auf einer inländischen Bahn, der Gotthardbahn, zur Durchführung gelangt seien.

E. Am Rechtstage haben sich die Parteien dahin geeinigt, daß die Bruttoeinnahmen aus dem Personenverkehr der Nachtzüge auf den Strecken Aarau-Bern und Aarau-Zürich für die Zeit vom 25. Juli bis 14. Oktober 1886 auf 28,500 Fr., die Betriebsauslagen auf 38,000 Fr. anzunehmen seien; es haben im Fernern die klagenden Bahnverwaltungen anerkannt, daß der Postverwaltung auf diesen Nachtzügen eine Mehrausgabe von 9488 Fr. 55 Cts. erwachsen sei. Aus dem vom Instruktionsrichter erhobenen Expertengutachten (der Herren alt Gotthardbahninspektor Koller in Bern und alt Direktor Fornaro in St. Gallen) ist folgendes hervorzuheben:

1. Die Experten berechnen die auf den fraglichen Nachtzügen erlittene Gesammteinbuße der beiden Bahngesellschaften auf 32,908 Fr. 75. Cts. Sie gehen dabei davon aus, daß die Brutto-Einnahmen der Nachtzüge (im Personenverkehr 28,500 Fr., für Fahrpostsendungen 3261 Fr., für Gepäck 2180 Fr.) im Wesentlichen nicht als eine Vermehrung der Betriebseinnahmen in Folge der Nachtzüge zu betrachten, sondern diesen nur zu einem kleinen Prozentsatze zuzuscheiden seien. Die (von den Bahnen hiefür berechneten) 15 % dürfen als vollkommen genügend und den Verhältnißen ensprechend angesehen werden. Wenn die Nachtzüge überhaupt eine Vermehrung der Reisenden veranlaßt haben, so sei dies mit 15 % der Gesammteinnahmen mehr als genügend in

Rechnung gebracht; und ähnliches gelte auch für die Einnahmen für Fahrpostsendungen und Gepäck. Im Wesentlichen handle es sich bei den Betriebseinnahmen der Nachtzüge nur um eine Verschiebung, nicht um eine Vermehrung der Einnahmen. Die Passagiere, welche den Nachtzug benutzten, wären wohl fast alle auch mit andern Zügen gefahren. Die Nachtzüge seien im Jahre 1886 wegen ihrer ungünstigen Fahrordnung und Anschlüsse, in Betreff welcher die Experten die Ansichten der Bahngesellschaften theilen, verhältnißmäßig, — auch im Vergleiche zu den verbesserten Nachtzügen von 1887 — sehr spärlich benutzt worden und haben nothwendig zu Verlusten führen müssen. Eine erhebliche Frequenzvermehrung haben sie nicht gebracht. Dieselbe lasse sich nicht höher als auf 14 Reisende per Tag im Lokal- und 7 Reisende per Tag im durchgehenden Verkehr in beiden Richtungen berechnen.

2. Ein finanzieller Gewinn der eidgenössischen Postverwaltung aus dem Betriebe der in Frage liegenden Nachtzüge sei nicht bestimmt nachweisbar, aber immerhin ein materieller Gewinn in beschleunigter Beförderung der Post und zwar hauptsächlich der Korrespondenz. Eine wesentliche Vermehrung der Fahrpostsendungen könne nicht angenommen werden. Dagegen sei eine Vermehrung der Briefsendungen möglich und wahrscheinlich, wenn auch nicht nachweisbar. Die Einführung der Nachtzüge auf der Strecke Zürich-Bern sei unzweifelhaft veranlaßt worden, um das Nachtlagern und die Zeitversäumniß der Korrespondenz zu beseitigen und es sei wohl anzunehmen, daß die raschere Förderung derselben auf große Strecken eine etwelche Vermehrung erzeugt habe. Dagegen könne diese in keiner Weise taxirt werden, um so weniger als die Abrechnung im internationalen Verkehr nur alle zwei Jahre stattfinde. Der materielle postalische Vortheil der Nachtzüge für das Publikum sei unzweifelhaft und werde vom Bunde selbst anerkannt. Nach der Auffassung der Experten sei dieser materielle Vortheil für das Publikum dem finanziellen Vortheil gleichwerthig und es liege der Postverwaltung als Monopolinhaberin für den Brief- und Fahrpoststückverkehr die Förderung der öffentlichen Interessen in postalischer Beziehung als Verpflichtung ob.

3. Daß seit der Einstellung der Postwagenkurse und dem Betriebe der Hauptrouten durch die Eisenbahnen die Postverbindungen Bern-Basel-Zürich bezüglich der Abend- und Nachtzeiten sich ungünstiger gestaltet haben, müsse, insbesondere sofern die Sachlage auf 1. Juni 1886 in Frage stehe, entschieden verneint werden.

F. Bei der heutigen Verhandlung erklärt der Vertreter der Kläger, daß er die Klageforderung auf den durch das Expertengutachten anerkannten Betrag von 32,908 Fr. 75 Cts. reduzire und danach beantrage, es sei der Bundesfiskus zu verurtheilen, den Klägern eine Gesammtentschädigung von 32,908 Fr. 75 Cts. sammt Zins zu 5 % seit dem Tage der Klagezustellung zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Eine Repartition der Gesammtentschädigung unter die beiden klagenden Gesellschaften werde nicht mehr beantragt; dieselbe werde sich gütlich machen. Der Vertreter des Beklagten hält an dem Antrage auf Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Unzweifelhaft und nicht bestritten ist, daß nach Art. 33 E.-G. die Bahngesellschaften verpflichtet sind, die für den durchgehenden Verkehr und zu Herstellung ineinander greifender Fahrpläne nöthigen Personenzüge mit entsprechender Fahrgeschwindigkeit einzuführen, selbst dann, wenn dafür Leistungen erforderlich sind, welche über die Vorschriften der Konzessionen hinausgehen; ebenso ist unbestreitbar und unbestritten, daß die Kompetenz, diejenigen Leistungen zu bestimmen, welche im Interesse des durchgehenden Verkehrs nöthig sind, dem Bundesrathe zusteht. Bestritten ist dagegen, ob respektive in wie weit der Bund für die Mehrausgaben aufzukommen habe, welche durch solche vom Bundesrathe im Interesse des durchgehenden Verkehrs angeordnete Einrichtungen den Bahngesellschaften erwachsen.

2. Grundsätzlich ist dabei klar, daß eine solche Entschädigungs- oder Beitragspflicht des Bundes nur insoweit besteht, als Art. 33 cit. sie anerkennt. Nachdem das Gesetz diesen Punkt speziell geregelt hat, ist nicht mehr zu fragen, ob, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, der Staat entschädigungspflichtig sei, wenn die Staatsverwaltung im öffentlichen Interesse einer Bahnverwaltung Leistungen auferlegt, zu welchen dieselbe konzessionsgemäß nicht

verpflichtet ist; es kann sich vielmehr nur noch darum handeln, welches der Sinn des bestehenden Gesetzes sei, ob dieses eine solche Entschädigungspflicht anerkenne.

3. Art. 33 cit. geht nun unverkennbar von dem Gedanken aus, daß im Allgemeinen jede Bahnverwaltung als öffentliche Verkehrsanstalt verpflichtet sei, die durch das jeweilige Bedürfniß des durchgehenden Verkehrs geforderten Einrichtungen auf ihrem Netze in ihren eigenen Kosten zu treffen, mögen auch diese Einrichtungen (Züge mit erhöhter Fahrgeschwindigkeit, Vermehrung der Anzahl der Züge, Nachtzüge u. dergl.) in den Konzessionen nicht vorgeschrieben sein, sondern erst durch die spätere Entwickelung der Verhältnisse sich als Bedürfniß herausgestellt haben. Unter bestimmten Voraussetzungen dagegen, dann nämlich, wenn „besondere Leistungen" einer Bahngesellschaft nothwendig werden, welche ihr „billigerweise" nicht allein zugemuthet werden können" gewährt das Gesetz (Art. 33 Alinea 4) der betreffenden Eisenbahngesellschaft einen Anspruch auf Entschädigung beziehungsweise auf einen Beitrag Dritter an die Mehrauslagen.

4. Fragt sich zunächst, gegen wen dieser Anspruch sich richte, so erscheint es als unzuläßig (mit den klagenden Bahngesellschaften) die beiden Sätze des Alinea 4 des Art. 33 E.-G. auseinander zu reißen und in demselben den Ausdruk zweier verschiedener Rechtssätze zu finden, einerseits (im ersten Satze) der Norm, daß der Bund auf Entschädigung könne belangt werden, andrerseits (im zweiten Satze) der Vorschrift, daß unter Umständen neben dem Bunde auch andere Personen („Dritte") zu einem Beitrage können herangezogen werden. Die beiden Sätze des Alinea 4 gehören vielmehr zusammen; sie besagen, daß in dem in Rede stehenden Falle der Entscheid des Bundesgerichtes über die Frage der Entschädigung könne angerufen werden, welches alsdann zu entscheiden habe, ob und in welchem Maße Dritte an die Mehrausgaben für eine im Interesse des durchgehenden Verkehrs angeordnete Einrichtung beizutragen haben. Dafür spricht die ganze Textirung des Gesetzes. Die Art und Weise, wie der zweite Satz des Alinea 4 gefaßt ist und an den ersten angeschlossen wird, bekundet, daß derselbe nicht eine neue selbständige Vorschrift enthält, sondern vielmehr bestimmt, worüber das Bundesgericht zu urtheilen

habe, wenn seine Entscheidung in den im ersten Satze bezeichneten Fällen angerufen wird. Vollends außer Zweifel gesetzt wird dies durch die (sofort zu berührende) Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Daß der erste Satz des Alinea 4 wegen seines Zusammenhanges mit den vorhergehenden Bestimmungen des Gesetzes unverkennbar ausschließlich den Bund als entschädigungspflichtiges Subjekt bestimme, ist durchaus unrichtig. Die Anstände über die Einrichtung der für den durchgehenden Verkehr nöthigen Personenzüge, über die Einführung der direkten Expedition im Personen- und Güterverkehr u. s. w., von welchen in Alinea 2 und 3 des Art. 33 die Rede ist, sind offenbar nicht ausschließlich, ja wohl nicht einmal vorwiegend, als Anstände zwischen einer Bahngesellschaft und der Eisenbahnverwaltung des Bundes sondern jedenfalls auch als solche zwischen den verschiedenen, bei der Einrichtung durchgehender Züge u. s. w. betheiligten Verkehrsanstalten, insbesondere Eisenbahngesellschaften, gedacht; es ist also unzutreffend, daß Art. 33 Abs. 2 u. 3 nur von Beziehungen zwischen dem Bunde und einer im Interesse des direkten Verkehrs mit einer Leistung belasteten Bahngesellschaft handle und daher auch Alinea 4 in seinem ersten Satze nur den Bund als entschädigungspflichtiges Subjekt im Auge haben könne. Danach muß sich denn fragen, was das Gesetz unter den „Dritten" verstehe, welche durch Entscheidung des Bundesgerichtes zu Beiträgen können angehalten werden beziehungsweise ob darunter unter gewissen (und welchen) Voraussetzungen auch der Bund zu begreifen sei.

5. Da das Gesetz darüber sich nicht näher ausspricht, so muß sein Sinn im Wege der Interpretation ermittelt werden; dabei ist es gewiß, obschon natürlich den sogenannten Gesetzesmaterialien verbindliche Kraft nicht zukommt, erlaubt wie geboten, auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zurückzugehen, um daraus, aus der Genesis der gesetzgeberischen Anordnung, Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, welchen Sinn der Gesetzgeber mit dem, verschiedener Auslegung fähigen, Gesetzesworte verbunden habe. Nun hatte der bundesräthliche Entwurf eines Eisenbahngesetzes an Stelle des jetzigen letzten Satzes des Alinea 4 die Bestimmung enthalten: „Das Bundesgericht entscheidet in solchen Fällen, ob und in „welchem Maße die bezüglichen Mehrausgaben von andern

„Bahnverwaltungen mitzutragen seien, beziehungsweise ob die „eidgenössische Postverwaltung ganz oder theilweise mitentschä„digungspflichtig sei." Der Bundesrath hatte diese Vorschrift (siehe Botschaft vom 16. Juni 1871 S. 46 u. ff.) damit begründet: Es könne der Fall eintreten, daß diejenige Gesellschaft, welche im Interesse des durchgehenden Verkehrs neue oder beschleunigte Züge einrichten müsse, eigentlich den geringsten Nutzen davon ziehe, sondern die Hauptvortheile auf andere Stücke des Bahnnetzes fallen. Um gerecht zu sein, dürfe man unmöglich dem einen Theil die Lasten überbinden und dem andern Theil alle Vortheile zukommen lassen, sondern man müsse in diesen Fällen eine billige Ausgleichung zu bewerkstelligen suchen. Es müsse der Grundsatz maßgebend sein, daß das schweizerische Eisenbahnnetz trotz seiner Zerstückelung in mehrere Theile doch eine nationale Einheit bilde; daß aus diesem höhern Gesichtspunkte gewisse Interessen mit gemeinsamen Mitteln zu befriedigen seien und die Repartition der daraus erwachsenden Lasten ohne Rüksicht auf den mehr zufälligen Ort der im Gesammtinteresse gemachten Auslagen zu erfolgen habe. Diesem Gedanken gebe Lemma 3 (respektive 4) des Art. 33 Ausdruck; dasselbe gestatte die Beiziehung anderer Bahngesellschaften zu den Kosten von Einrichtungen, die im allgemeinen Interesse gemacht werden und die einer Bahn billigerweise nicht allein zugemuthet werden können. Es gestatte unter Umständen, wenn z. B. die postalischen Interessen Hauptursache der neuen Einrichtung seien, selbst die eventuelle Beiziehung des Bundes. Im Ständerathe wurde durch Beschluß vom 5. Dezember 1872 der letzte Theil des Satzes, welcher die Herbeiziehung der eidgenössischen Postverwaltung vorsieht, gestrichen, wobei die Mehrheit der ständeräthlichen Kommission, welche die Streichung beantragt hatte, in ihrem Berichte bemerkte: Der Schlußsatz des Artikels ziehe als stehenden Streitgenossen für besondere Leistungen beim durchgehenden Verkehr jeweilen auch die eidgenössische Postverwaltung vor den Richter. Damit sei die Kommission nicht einverstanden. Sie wolle keineswegs sagen, daß der Bund da, wo er wirklich privatrechtlich zu zahlen pflichtig wäre, frei sein solle; allein sie wolle nicht, daß er als quasi regelmäßiger Faktor bei solchen Ausmittelungen im Gesetze auf-

geführt werde. Dies könnte leicht zur Folge haben, daß, wenn die Bahnen sich zu einer guten und von den wahren Interessen des Verkehrs geforderten Einrichtung nicht herbeilassen wollten, immer „dem guten Staate die Zeche aufgebürdet werden könnte." Im Nationalrathe dagegen wurde in der Sitzung vom 18. Dezember 1872 der vom Ständerathe gestrichene Satz des bundesräthlichen Entwurfes wieder hergestellt und hieran, gegenüber einer die Streichung aufrechthaltenden Schlußnahme des Ständerathes vom 21. Dezember 1872 am 22. Dezember 1872 festgehalten. Als daraufhin der Ständerath am 23. Dezember 1872 an seiner frühern Schlußnahme abermals festhielt, wurde bei der am gleichen Tage stattgefundenen erneuten Berathung der Sache im Nationalrathe laut dem Protokolle des Rathes von der einen Seite Zustimmung zum Ständerathe beantragt, mit der Motivirung, es könne dies unbedenklich geschehen, denn in der Hauptsache walte gleiche Ansicht, da der Ständerath selbst zugebe, es könne unter Umständen die Postverwaltung zur Mitentschädigung herbeigezogen werden, und nur nicht wolle, daß durch jenen Schlußsatz die Verwaltung sozusagen als ständige Streitgenossin aufgefaßt werde. Von anderer Seite wurde dagegen Festhalten am Beschlusse des Nationalrathes beantragt, wobei ebenfalls betont wurde: Materiell seien beide Räthe einig; nur wolle der Ständerath verschweigen, was der Nationalrath offen sage, und mit Rücksicht auf die waltende Uebereinstimmung sei es natürlicher, daß der Ständerath entgegenkomme und daß der Deutung, als ob die Post nie zur Mitleidenschaft gezogen werden dürfe, der Faden abgeschnitten werde. Von dritter Seite wurde hierauf als „Auskunftsmittel" die in's Gesetz übergegangene Fassung des Artikels vorgeschlagen, welche noch am 23. Dezember die Zustimmung beider Räthe erhielt. Aus dieser Entstehungsgeschichte des Gesetzes darf gewiß der Schluß gezogen werden, daß die gesetzgebenden Räthe, indem sie das Gesetz in seiner gegenwärtigen Fassung annahmen, nicht ausschließen wollten, daß der Bund zu Tragung der Mehrkosten einer im Interesse des durchgehenden Verkehrs einer Bahngesellschaft auferlegten Leistung jedenfalls dann könne herbeigezogen werden, wenn die Leistung wesentlich mit im postalischen Interesse ist angeordnet worden. Allerdings ist die eidgenössische Postver-

waltung im Gesetze nicht, wie im bundesräthlichen Entwurfe, als beitragspflichtig ausdrücklich genannt. Allein sie fällt nach dem unverkennbaren Willen des Gesetzgebers unter die allgemeine Bezeichnung der „Dritten." Dem bundesräthlichen Entwurfe lag der Gedanke zu Grunde, eine rechtliche Gemeinschaft der bei einer Einrichtung für den durchgehenden Verkehr betheiligten Verkehrsanstalten (Bahnverwaltungen und Post) zu schaffen, kraft welcher diese unter Umständen an den für solche Einrichtungen Einem Mitgliede auferlegten, aber im gemeinsamen Interesse liegenden Leistungen finanziell sich zu betheiligen haben. Im Gesetze ist der Gedanke einer solchen rechtlichen Gemeinschaft der Interessenten an den Einrichtungen für den durchgehenden Verkehr nicht aufgegeben, sondern vielmehr in allgemeinerer Fassung, nach welcher nicht mehr nur von Verkehrsanstalten (von andern Bahnverwaltungen und der Postanstalt) sondern ganz allgemein von „Dritten" die Rede ist, festgehalten. Angesichts des ganz allgemeinen Wortlautes des Gesetzes, welches einen materiellen Rechtssatz in die Form einer prozeßualen Kompetenznorm einkleidet und die Kriterien der Beitragspflicht Dritter nicht näher bestimmt, wird es allerdings vielfach als zweifelhaft erscheinen, wer als beitragspflichtiger dritter Interessent im Sinne des Gesetzes könne behandelt werden; so viel aber steht, wie bemerkt, jedenfalls fest, daß der Bund mit Rücksicht auf die eidgenössische Postverwaltung ein solcher Interessent ist, welcher unter Umständen zur Beitragsleistung kann herangezogen werden. Und zwar ist es hiefür nicht erforderlich, daß die betreffende Leistung mit Rücksicht auf ein fiskalisches Interesse sei angeordnet worden oder daß die fiskalischen Erträgnisse der Post dadurch thatsächlich gesteigert werden; es genügt vielmehr, daß überhaupt das Bedürfniß der Postverwaltung wesentlich mitbestimmend war, daß durch die betreffende Anordnung ein Vortheil der Postverwaltung bezweckt wurde, mag derselbe auch nicht in einer Vermehrung der Erträgnisse, sondern in der Ermöglichung leichterer und besserer Erfüllung der postalischen Verkehrsaufgabe liegen. Die Post ist ja kein auf Erzielung eines Gewinns gerichtetes gewöhnliches Gewerbe des Fiskus sondern eine öffentliche Verkehrsanstalt des Staates, eine Abtheilung des öffentlichen Dienstes, deren Aufgabe

in erster Linie darin besteht, dem Verkehr zu dienen und damit ein öffentliches Interesse zu befriedigen. Wenn daher von postalischen Interessen die Rede ist, so handelt es sich dabei in allererster Linie nicht um Interessen des Fiskus, sondern um Interessen der Post als öffentlicher Anstalt; Vortheil der Post ist nicht nur ein ökonomischer Vortheil der Postkasse, sondern auch der Vortheil des Postverkehrs. Daß das Gesetz den Bund nur bei fiskalischem Vortheile der Post als beitragspflichtigen Interessenten betrachtet wissen wolle, dafür spricht weder der ganz allgemeine Wortlaut desselben, noch sprechen dafür anderweitige Interpretationselemente. Mit dem dem Gesetze zu Grunde liegenden Gedanken einer Gemeinschaft der beim durchgehenden Verkehr Betheiligten, insbesondere der Verkehrsanstalten, kraft welcher diese eine gemeinschaftliche Aufgabe unter Umständen aus gemeinschaftlichen Mitteln zu erfüllen haben, ist diese Beschränkung unvereinbar.

6. Danach erscheint denn ein Anspruch der belasteten Bahngesellschaft gegen den Bund als Vertreter des Postfiskus gemäß Art. 33 Alinea 4 E.-G. dann als begründet, wenn es sich um eine der beschwerten Bahngesellschaft wesentlich im postalischen Interesse auferlegte „besondere Leistung" handelt, welcher ihr billigerweise nicht allein zugemuthet werden kann. „Besondere Leistungen" im Sinne des Gesetzes sind nun gewiß solche Leistungen, welche nicht allen Eisenbahngesellschaften kraft Gesetzes gleichmäßig obliegen und zu welchen auch die einzelne belastete Bahngesellschaft nicht besonders kraft ihrer Konzession oder eines sonstigen Rechtstitels schon ohnehin, abgesehen von der auf Grund des Art. 33 E.-G. getroffenen bundesräthlichen Anordnung, verpflichtet ist. Darüber, ob die Leistung „billigerweise" der betreffenden Bahnverwaltung nicht allein könne zugemuthet werden, entscheidet in Ermangelung genauerer gesetzlicher Bestimmungen das richterliche Ermessen in freier Würdigung des gesammten Sachverhaltes. In erster Linie muß dabei offenbar in Betracht kommen, ob die Leistung objektiv wesentlich der belasteten Bahngesellschaft selbst oder aber andern, insbesondere andern Verkehrsanstalten, dient; daneben wird auch darauf Rücksicht genommen werden dürfen, ob die betreffende Bahn in ihrer Stellung und

Entwickelung als Erwerbsgeschäft unverhältnißmäßig belastet wird u. s. w.

7. Geht man hievon aus, so erscheint im vorliegenden Falle eine Beitragspflicht des Bundes als begründet. Die in Rede stehenden Nachtzüge sind zweifellos „besondere Leistungen" im Sinne des Gesetzes. Wenn der Beklagte in seiner Duplik angedeutet hat, daß die Centralbahn schon kraft des Art. 3 ihrer Konzession verpflichtet gewesen sei, diese Züge zu führen, so ist dies, wie sich aus dem gesammten Zusammenhange der Konzessionsbestimmungen klar ergibt, gewiß nicht begründet. Wenn sodann auch deren Führung nicht von der Postverwaltung ist verlangt und beantragt worden, so kann doch nach dem ganzen Sachverhalte, speziell nach dem Expertengutachten, keinem Zweifel unterliegen, daß dieselben wesentlich mit im Interesse des Postverkehrs, speziell zum Zwecke rascherer Beförderung der Briefpost, sind angeordnet worden, während sie dem durchgehenden Personenverkehr nur in untergeordneter Weise dienlich waren und, ihrer ganzen Einrichtung nach, dienlich sein konnten. Bei dieser Sachlage erscheint es als billig, den Bund, welcher aus der Einrichtung der fraglichen Nachtzüge zwar nicht nachweisbar einen finanziellen Gewinn, wohl aber den Vortheil besserer, rascherer Vermittlung des Postverkehrs gezogen hat, zu einer Beitragsleistung an die sachbezüglichen Mehrkosten anzuhalten. Denn abgesehen von den normalen, gesetz- und konzessionsmässigen Leistungen der Eisenbahnen für die Post liegt die Obsorge für den Postverkehr, dessen rasche und zweckdienliche Vermittlung dem Bunde als öffentlich-rechtliche Verpflichtung ob; es ist daher gewiß billig, daß er einen Beitrag an die Kosten leiste, wenn er den Eisenbahngesellschaften besondere Leistungen auferlegt, welche ihm eine bessere Erfüllung dieser Verpflichtung ermöglichen, während sie dem den Bahngesellschaften obliegenden Personen- und Güterverkehr mehr nur untergeordnete Dienste leisten. In Bezug auf das Maß der Beitragspflicht erscheint es in Würdigung aller Verhältnisse als angemessen, denselben auf den Dritten Theil der von den Sachverständigen ermittelten Mehrausgabebetrages festzusetzen. Es ist hiedurch einerseits dem Maße des von der Postverwaltung genossenen Vortheils, andrerseits dem Umstande Rechnung getragen, daß nach dem Ge-

setze die Kosten für Verbesserungen im Interesse des durchgehenden Verkehrs regelmäßig wesentlich von den Bahngesellschaften selbst getragen werden sollen und daß auch die Lasten, welche die Führung fraglicher, offenbar mehr probeweise eingerichteter Nachtzüge für die klagenden Bahngesellschaften mit sich brachten, verhältnißmäßig keine bedeutenden waren.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, den Klägern einen Drittheil der ihnen durch die Führung der in Rede stehenden Nachtzüge entstandenen Einbuße mit 10,969 Fr. 58 Cts., sammt Zins à 5 % seit dem Tage der Zustellung der Klage (23. November 1888) zu ersetzen.

VIII. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des particuliers ou des corporations d'autre part.

34. Urtheil vom 17. Januar 1891 in Sachen Spieß und Moser gegen Zürich.

A. Nachdem das Bundesgericht über den von F. Spieß „zum Ochsen" und Alfred Moser „zum Hirschen" in Feuerthalen gegen das zürcherische Gesetz betreffend das Wirthschaftsgewerbe und den Kleinhandel mit gebrannten Wassern vom 16. Januar 15. Juli 1888 gerichteteten staatsrechtlichen Rekurs seine Entscheidung vom 1. März 1889 gefällt hatte (s. dieselbe, aus welcher der Thatbestand ersichtlich ist, Amtliche Sammlung, XV., S. 179 u. ff.), erhoben F. Spieß und A. Moser mit Schriftsatz vom 14./15. Dezember 1889 beim Bundesgerichte Civilklage gegen den Fiskus des

Kantons Zürich, indem sie die Anträge stellten, das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Der Fiskus des Kantons Zürich habe den Klägern F. Spieß und A. Moser allen Schaden zu vergüten, der ihnen aus der Aufhebung ihrer ehehaften Tavernenrechte erwächst.

2. Derselbe hat demgemäß dem Kläger F. Spieß den Betrag von 7000 Fr. und dem Kläger A. Moser den Betrag von 10,000 Fr., eventuell einen durch richterliches Ermessen festzustellenden Betrag, jeweils nebst Zins zu 5 % vom 1. Januar 1889 an zu bezahlen.

3. Das neue zürcherische Wirthschaftsgesetz vom 15. Juli 1888 findet auch auf die Realitäten der Kläger in allen Theilen Anwendung und es hat demzufolge der Kläger F. Spieß für die Jahre 1889 und 1890 die entsprechenden Nachzahlungen für sein Wirthschaftspatent zu leisten, der Kläger A. Moser für 1889.

4. Der beklagte Fiskus hat die Kosten des Verfahrens zu tragen und an die Kläger eine richterlich festzusetzende Prozeßentschädigung auszurichten.

Der beklagte Fiskus des Kantons Zürich seinerseits stellt in seiner Klagebeantwortungsschrift den Antrag, es möchte die Schadenersatzforderung der Kläger des gänzlichen verworfen, eventuell auf eine angemessene Summe im Sinne der nachstehenden Ausführungen reduzirt werden, alles unter prozeßualischer Kosten- und Entschädigungsfolge für die unterliegende Partei.

B. In thatsächlicher Beziehung ist hervorzuheben, daß, während die Liegenschaft „zum Ochsen" fortwährend als Gasthaus mit Schenk- und Speisewirthschaft betrieben wird, auf der Liegenschaft „zum Hirschen" des Klägers Alfred Moser seit längerer Zeit (1870) eine Wirthschaft nicht mehr betrieben wird, die, früher als größerer Gasthof beworbene, Realität vielmehr theils zu einem industriellen Etablissement, theils zu Wohnungen eingerichtet wurde. Die zu derselben gehörige Tavernengerechtigkeit ist vom Eigenthümer an Dritte, welche dieselbe, mit Bewilligung der staatlichen Behörden, in ihren eigenen Lokalitäten ausübten, verpachtet worden. Durch Vertrag vom 20. Juni 1883 war die Gerechtigkeit gegen einen jährlichen Zins von 10 Fr. an Johann Textor,

Bäcker, in Feuerthalen, verpachtet, welcher sie in seinem eigenen Hause „zur Fernsicht" ausübte, wo er eine Speise- und Schenkwirthschaft (ohne Beherbergung von Gästen) betreibt. Joh. Textor hat, als Zeuge einvernommen, ausgesagt, die Pacht der Tavernengerechtigkeit (die er übrigens, da er das Beherbergnngsrecht nicht ausübe, nicht voll habe ausnützen können) habe ihm jährlich, an Patentgebühren, nach Abrechnung des dem Eigenthümer bezahlten Zinses von 10 Fr., circa 50 Fr. erspart. Der Vertrag sei durch den Eigenthümer Moser im Juli 1889 gekündigt worden. Seit Ende 1889 wird die Tavernengerechtigkeit „zum Hirschen" überhaupt nicht mehr ausgeübt. Im Fernern sind nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 15. Juli 1888 die Inhaber von Tavernenrechten, sofern sie ihr Recht weiter ausüben wollten, von den kantonalen Behörden zu Löhnung eines Wirthschaftspatentes verhalten und es ist ihnen dasselbe in der gewöhnlichen Form einer persönlichen, für ein Jahr gültigen Bewilligung ausgestellt worden. Dies ist auch gegenüber den Klägern, insbesondere dem Kläger Spieß geschehen. Dagegen steht andrerseits fest, daß die Inhaber ehehafter Tavernenrechte, insbesondere die Kläger, bei Bestimmung der für das Patent zu entrichtenden Abgabe gemäß § 47, Ziffer 1, der Uebergangsbestimmungen zum Gesetze vom 15. Juli 1888 in der Art entlastet wurden, daß sie mit der Patentgebühr nur im Verhältnisse einer Getränkeabgabe, allerdings unter Berücksichtigung der durch das Gesetz überhaupt beabsichtigten Erhöhung der Wirthschaftsabgabe im Allgemeinen belastet, von dem auf den Gasthof- und Speisewirthschaftsbetrieb zu berechnenden Theile der ganzen Abgabe dagegen befreit wurden.

C. In rechtlicher Beziehung werden von den Parteien im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte geltend gemacht: Die Kläger führen grundsätzlich aus: Die ehehaften Tavernenrechte seien wohlerworbene Privatrechte (Realgewerberechte), deren wesentlicher Inhalt darin bestanden habe, daß der jeweilige Inhaber, ohne einer periodischen Bewilligung in Form einer Patentirung zu bedürfen, die Befugniß zur Ausübung des Wirthschaftsgewerbes in vollem Umfange besessen und nur die jeweilige Getränkeabgabe zu entrichten gehabt habe, dagegen von einer Gebühr für den Speisewirthschafts- und Gasthofbetrieb befreit gewesen sei. Durch

das zürcherische Gesetz vom 15. Juli 1888 seien diese Rechte aufgehoben worden und es ändere hieran die den Tavernenwirthen durch § 47 des Gesetzes noch für zwanzig Jahre gewährte Vergünstigung angemessener Entlastung bei Feststellung der Wirthschaftsabgabe nichts. Denn die Tavernenwirthe seien sofort mit Inkrafttreten des Gesetzes dem Patentirungszwang unterworfen und daher des wesentlichsten Inhalts ihres Rechts beraubt worden. Für diesen Eingriff in ihre Rechte sei der Fiskus den Tavernenwirthen nach Art. 4 der zürcherischen Verfassung zu gerechter Entschädigung verpflichtet. Diesen Anspruch machen die Kläger als Inhaber ehehafter Tavernenrechte nunmehr geltend und zwar in der Meinung, daß die Kläger vom Empfange der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung hinweg hinsichtlich des Wirthschaftsbetriebes in allen Theilen dem neuen Gesetze vom 15. Juli 1888 unterworfen sein sollen, die Uebergangsbestimmungen in § 47, Ziffer 1 cit., also auf sie weiter keine Anwendung mehr finden würden. Daß die Tavernengerechtigkeit des Klägers Spieß „zum Ochsen" zu Recht bestehe resp. bis zum Inkrafttreten des neuen Wirthschaftsgesetzes bestanden habe, sei nicht bestritten.

Dagegen habe der Fiskus schon im staatsrechtlichen Verfahren eingewendet, die Tavernengerechtigkeit des Klägers Moser „zum Hirschen" sei erloschen, weil die bei ihrer Verleihung vorbehaltene Rekognitionsgebühr seit 1797 nicht mehr bezahlt worden sei. Allein wenn auch letztere Thatsache richtig sein sollte, so könne doch von einem Erlöschen des Tavernenrechts „zum Hirschen" nicht die Rede sein. A. Moser habe die Liegenschaft zum Hirschen mit Einschluß der dazu gehörigen Tavernengerechtigkeit erworben, kanzleiisch zugefertigt erhalten und den entsprechenden Kaufpreis bezahlt; der Bestand des Tavernenrechts sei von den staatlichen Behörden stets anerkannt worden. Der Verleihungsakt vom 28. Januar 1728 spreche mit keiner Silbe aus, daß die Tavernengerechtigkeit dahinfalle, wenn die 5 Pfund jährliche Abgabe an den Landvogt von Kyburg nicht bezahlt werden und es sei dies keineswegs eine nach den Grundsätzen des objektiven Rechts selbstverständliche Folge. Eine etwaige Säumniß früherer Amtsstellen oder früherer Berechtigter in der Einforderung und Bezahlung der Gebühr habe der jetzige Eigenthümer nicht zu vertreten. In dem

Eintragungsakte des Klägers Moser, wie überhaupt in allen die Tavernengerechtigkeit zum Hirschen betreffenden Grundprotokolleinträgen seit 1807 sei des Tavernengeldes keine Erwähnung gethan und es sei der jetzige Eigenthümer nie zu dessen Bezahlung aufgefordert worden; er habe also das Recht als ein unbelastetes in gutem Glauben erworben und besessen. Uebrigens sei das Tavernengeld offenbar deßhalb nicht mehr bezogen worden, weil an dessen Stelle eine andere Abgabe getreten sei. In den Grundprotokolleinträgen von 1797 und 1803 werden die „fünf Pfund Tavernengeld dem Schloß Kyburg" allerdings erwähnt, allein in dem Eintrage von 1803 mit dem Beisatze „davon gange ehemals." Aus den vom Beklagten selbst produzirten Akten ergebe sich nun, daß früher wie vom Tavernenrechte „zum Hirschen" noch von einer ganzen Anzahl anderer „Taffernengerechtigkeiten" in Feuerthalen Abgaben an die Landvogtei in Kyburg zu entrichten gewesen seien, welche dann sämmtlich in die jährlichen Leistungen übergegangen seien, zu denen die verschiedenen Wirthschaftsbetriebe „beanlagt" waren. Auf diesem Wege werde auch beim Hirschen jene Rekognitionsgebühr in völlig legaler Weise in Wegfall gekommen sein. In Bezug auf das Quantitativ der den Klägern gebührenden Entschädigung wird bemerkt: Grundsätzlich sei als Entschädigung derjenige Betrag zu sprechen, um welchen der Verkehrswerth der betreffenden Liegenschaften durch den Wegfall des Tavernenrechts vermindert werde. Beide Liegenschaften seien ganz eigentlich auf den Wirthschaftsbetrieb eingerichtet. Im „Ochsen." bestehe zur Zeit noch eine zufolge der günstigen Lage sehr stark frequentirte Wirthschaft. Wenn der „Hirschen" zur Zeit nicht als Gasthof benutzt werde, so habe dies nur in zufälligen persönlichen Verhältnissen des derzeitigen Eigenthümers seinen Grund und sei daher ohne Bedeutung; eine Veräußerung des Anwesens könnte ohne Zweifel nur unter der Bezeichnung und mit der Bestimmung als Gasthof geschehen, wofür die Realität ihrer ganzen Einrichtung (der Kelleranlage, Stallungen u. s. w.) nach von jeher bestimmt gewesen sei und wozu sie mit leichter Mühe wieder eingerichtet werden könne. Gerade gegenwärtig hätte sich für eine solche Veräußerung durch den in Aussicht stehenden Bau der Linie Etzweilen-Feuerthalen resp. Etzweilen-Feuerthalen-Schaff-

hausen eine sehr günstige Perspektive eröffnet. Durch Aufhebung der Tavernengerechtigkeit und Unterstellung unter den Patentirungszwang erleiden die Liegenschaften, da ja nunmehr deren Eigenschaft als Gasthof nicht mehr garantirt werden könne, eine erhebliche Einbuße an ihrem Verkehrswerth, zumal ja gar nicht ausgeschlossen sei, daß in der Zukunft an Stelle der freien Konzessionirung die Beschränkung der Wirthschaften auf Grund des Bedürfnisses eingeführt werde, wobei denn auch bisherige Tavernenwirthschaften in Wegfall kommen könnten. Die etwelche Entlastung, welche § 47 des zürcherischen Wirthschaftsgesetzes den Tavernenwirthen für die Dauer von 20 Jahren gewähre, enthalte in keiner Weise eine gerechte Entschädigung und werde von den Klägern, welche übrigens auf dieselbe bei Zuspruch der geforderten Entschädigung verzichten, als solche nicht anerkannt. Es sei in der That klar, daß diese theilweise und zeitlich beschränkte Entlastung in keiner Weise als Aequivalent für das ohne zeitliche Beschränkung bestehende Recht der Inhaber ehehafter Tavernenrechte gelten könne. Nach Ablauf der zwanzigjährigen Frist des Art. 47 werden die Inhaber ehemaliger ehehafter Tavernen die volle Wirthschaftsabgabe, einschließlich des Gasthof- und Speisewirthschaftsgeldes, nicht mehr nur, wie bisher, die Getränkeabgabe, und zwar nach Maßgabe der alsdann geltenden Gesetzgebung zu tragen haben. Veranschlage man die daherige Mehrausgabe für den „Hirschen", der als bedeutenderer Gasthof in eine der obern Patentklassen werde rubrizirt werden, auch nur auf 200 Fr. per Jahr, so entspreche dies bei einer 25-fachen Kapitalisirung einer Summe von 5000 Fr.; für den „Ochsen" dürfe eine Mehrausgabe von mindestens 100 Fr. angenommen werden, was ein Kapital von 2500 Fr. ergebe.

Wenn man hiezu den durch Wegfall der frühern dauernden Qualifikation als Gasthof entstehenden Minderwerth rechne, so erscheinen die klägerischen Forderungen von 10,000 Fr. und 7000 Fr. sammt Zins seit 1. Januar 1889 als mäßig berechnet. Dafür könne auch noch darauf hingewiesen werden, daß das Tavernenrecht „zum Ochsen" laut Kaufbrief von 1823 damals zu 900 Gld. Zürcher Währung sei taxirt worden und bei einem Tausche um das Tavernenrecht „zum Hirschen" im Jahre 1796 dafür 790 Fl. Zürcher Währung seien geleistet worden.

Seither seien die Werthverhältnisse begreiflicherweise ganz andere geworden und die fraglichen Rechte bedeutend im Werthe gestiegen. Eventuell wenn das Gericht finden sollte, diejenige Gestaltung des Klagebegehrens, wonach das Gesetz vom 15. Juli 1888 vom 1. Januar 1889 an sofort in allen seinen Theilen auf die klägerischen Liegenschaften Anwendung finden, dann aber auch die Entschädigung danach bemessen werden solle, sei unzulässig, so hätte eine entsprechende etwelche Reduktion des Entschädigungsbetrages Platz zu greifen.

Der Fiskus des Kantons Zürich führt im Wesentlichen aus: Die Inhaber ehehafter Tavernenrechte haben nach der frühern zürcherischen Gesetzgebung allerdings das dingliche Recht besessen, für Personen, Fuhrwerke und Pferde Unterkunft zu gewähren, ohne dafür eine andere Abgabe als die ursprünglich normirte Rekognitionsgebühr bezahlen zu müssen. Dagegen seien sie seit Einführung einer Wirthschaftsabgabe verpflichtet gewesen, für das Ausschenken von Getränken jährliche Abgaben zu leisten, deren Umfang von den Verwaltungsbehörden endgültig bestimmt worden sei, wie sich dies aus den Bestimmungen des Gesetzes vom 15. Dezember 1845 ergebe. Das weitere Wirthschaftsrecht, außer dem Herbergsrechte, sei demnach schon unter der frühern Gesetzgebung, persönlicher Natur gewesen und habe durch Zahlung einer Abgabe jährlich neu erworben werden müssen. Allerdings haben die Tavernenwirthe ein Patent nicht zu lösen brauchen, sondern seien von den Behörden von Amtswegen eingeschätzt und taxirt worden. Allein dieser Umstand sei ein blos äußerlicher gewesen. Thatsächlich habe kein Tavernenwirth sein Herbergsrecht ausüben können, ohne die Wirthschaftsabgabe zu bezahlen, denn eine Herberge lasse sich ohne Wirthschaft, ohne Versorgung der Gäste mit Speise und Getränk, nicht betreiben. Ebenso seien die Tavernenwirthe schon nach der frühern Gesetzgebung der polizeilichen Gewalt des Staates unterworfen gewesen, so daß z. B. der Besitzer eines Tavernenrechts, welcher gewisse persönliche Requisite nicht besessen habe, das Recht nicht selbst habe ausüben dürfen, sondern dasselbe durch Verpachtung u. drgl. habe zu verwerthen suchen müssen. Das Gesetz vom 15. Juli 1888 wahre nun, — in diesem Sinne seien die Ausführungen der zürcherischen Regierung im staatsrechtlichen Verfahren klarzustellen, — den ehehaften Tavernen-

rechten einstweilen, d. h. für die Dauer von 20 Jahren, ihren bisherigen Charakter in allen Richtungen. Die Besitzer solcher Rechte haben allerdings, wenn sie ihr Recht thatsächlich ausüben und dabei Wein ausschenken und Speisen verwirthen wollen, sich jährlich zu melden und ein Patent zu lösen. Allein bis nach Ablauf von 20 Jahren könne ihnen gemäß § 47 des Gesetzes das Patent, soweit es die Tavernen an sich betreffe, niemals verweigert werden und handle es sich also bei der Patentertheilung nur um eine polizeiliche Kontrolmaßregel, wie denn auch den Tavernenwirthen das Recht der Verpachtung ihrer Gerechtigkeit zur Ausübung in andern Lokalen der gleichen Gemeinde verbleibe. Wenn den Tavernenwirthen die Patente sofort nach Inkrafttreten des Gesetzes von 1888 in der allgemeinen Form einer persönlichen Bewilligung für ein Jahr seien ertheilt worden, so sei dies nur der äußerlichen Uniformität wegen geschehen. Ebenso haben die Tavernenwirthe bis nach Ablauf der gesetzlichen Frist für ihr Herbergerecht keinerlei Steuern und Gebühren zu entrichten, sondern nur wie früher die jährliche Wirthschaftsabgabe, d. h. einen entsprechenden Theil der neuen einheitlichen Wirthschaftsabgabe, während sie von den übrigen Theilen entlastet werden. Eine Erhöhung der Wirthschaftsabgabe an sich involvire keinen Eingriff in die Rechte der Kläger; eine solche habe der Gesetzgeber vielmehr stets vornehmen können. Danach sei denn die Klage jedenfalls verfrüht. Nach den präjudiziellen Entscheidungen des Bundesgerichtes in andern ähnlichen Rechtsstreitigkeiten wolle der Beklagte nicht bestreiten, daß die ehehaften Tavernenrechte als wohlerworbene Privatrechte bezeichnet werden können. Allein aus den gleichen bundesgerichtlichen Entscheidungen ergebe sich, daß solche Rechte auf dem Wege der Gesetzgebung können aufgehoben werden, vorbehältlich der Entschädigungsansprüche der Inhaber. Solche Entschädigungsansprüche aber setzen voraus, daß durch gesetzgeberischen Akt eine Einwirkung auf ein bestehendes Recht im Sinne der Aufhebung oder Einschränkung desselben stattgefunden und dadurch dem Inhaber des Rechts ein ökonomischer Schaden verursacht worden sei. Hieran mangle es nun im vorliegenden Falle. Während der Dauer der durch § 47 des Gesetzes vom 15. Juli 1888 vorbehaltenen Frist seien die Tavernenbesitzer in der Ausübung

ihrer Gerechtigkeit nicht gehindert. Zwar möge zugegeben werden, daß die Aufhebung des Rechts an sich schon jetzt ausgesprochen worden sei und daran die gesetzliche Feststellung eines Termins nichts ändere, aber die ökonomische Wirkung der gesetzlichen Maßregel trete erst mit dem Ablaufe des gesetzlichen 20-jährigen Termins ein. Die Kläger seien nicht befugt, einen Schaden einzuklagen, welcher erst im Jahre 1908 möglicherweise eintrete. Die Geltendmachung solcher Ansprüche müssen sie denjenigen überlassen, welche alsdann im Besitze der Tavernen sein werden. Das Verlangen der Kläger, daß die Entschädigung so bemessen werde, als wenn ihnen schon heute alle Rechte ihrer Ehehaften entzogen worden wären, sei unstatthaft; der Beklagte verlange einen Entscheid auf Grund der bestehenden Thatsachen, einen Entscheid darüber, ob die Kläger zur Zeit bei Fortbestehen ihrer Rechte im Sinne des § 47, Ziffer 1 des Gesetzes zur Stellung von Entschädigungsbegehren berechtigt seien und in welchem Umfange. Eventuell wäre jedenfalls der den Klägern erwachsene Schaden bis nach Ablauf der Frist des § 47 ein ganz minimer. Der Werth ihrer Rechte überhaupt könne, wenn man die Leistungen, welche die Kläger für ihren Erwerb gemacht haben, in Betracht ziehe, auf kaum 500 Fr. für jede Taverne veranschlagt werden; aus einer Beschränkung dieses Rechts auf eine Dauer von 20 Jahren könne also jedenfalls nur ein ganz kleiner Schaden entstanden sein. Ja, die Kläger seien durch die Bewilligung der Fortexistenz ihrer Rechte für 20 Jahre und durch Entlastung bei Festsetzung der jährlichen Wirthschaftsabgabe für allen Schaden, der ihnen etwa entstehen könnte, hinlänglich entschädigt. Zinsen können sie jedenfalls erst von Einleitung des Prozesses an verlangen. Speziell gegenüber dem Kläger Moser wird die Einwendung festgehalten, daß sein Tavernenrecht durch Nichtbezahlung der jährlichen Rekognitionsgebühr schon längst untergegangen sei resp. vom Staate ohne Entschädigung habe für erloschen erklärt werden können und demselben daher schon deßhalb keine Entschädigung gebühre. Jedenfalls behalte der Staat diesem Kläger gegenüber sich die Nachforderung der nicht bezahlten Gebühren vor.

D. Aus dem im Beweisverfahren auf Antrag der Parteien eingeholten Expertengutachten ist Folgendes hervorzuheben:

1. Rücksichtlich des Tavernenrechts „zum Ochsen“: Für dessen Werthung können in früherer Zeit (1811, 1823) dafür bezahlte Preise nicht mehr maßgebend sein, da die großen Veränderungen auf dem Gebiete des Verkehrs und der Wirthschaftsgesetzgebung die Tavernenrechte auf einen ganz andern Boden gestellt haben. In neuerer Zeit, d. h. unter der Herrschaft des Wirthschaftsgesetzes von 1845, scheinen selbständige Uebertragungen ehehafter Tavernenrechte nicht stattgefunden zu haben, sondern die Tavernenrechte jeweilen als Bestandtheile der Realität und ohne Ausscheidung eines auf sie entfallenden besondern Kaufpreises veräußert worden zu sein. Man müsse daher für die Werthung der Ehehafte „zum Ochsen“ andere Faktoren herbeiziehen. Solche seien auch in der That gegeben. Der Werth der Ehehafte bestehe offenbar in den ökonomischen Vortheilen, welche ein ehehaftes Tavernenrecht im Vergleiche zu einer bloßen, auf Zeit ertheilten, Tavernenkonzession dargeboten habe. Diese Vortheile haben vor Erlaß des Gesetzes vom Jahre 1888 darin bestanden, daß die ehehaften Tavernen, unter der Voraussetzung der persönlichen Befähigung ihrer Inhaber, behufs Ausübung des Wirthschaftsgewerbes in allen seinen Theilen außer der jährlichen Getränkeabgabe, die jeder Wirth nach Frequenz und Verbrauch zu entrichten hatte, nichts habe bezahlen müssen, während der konzessionirte Tavernenwirth das Gewerbe nur auf eine zeitlich beschränkte, zwanzig Jahre dauernde, Bewilligung hin habe betreiben dürfen, diese Bewilligung zu erkaufen und periodisch zu erneuern gehabt habe. Nun haben in den letzten 10 bis 15 Jahren für die Erwerbung einer 20-jährigen Konzession 600 bis 1500 Fr. bezahlt werden müssen und habe sich die Fixirung der Gebühr nach den Frequenz- und Konkurrenzverhältnissen des einzelnen Falls gerichtet. Mit Rücksicht auf die Thatsache, daß in Feuerthalen (mit einer Bevölkerung von 1253 Köpfen) neben dem „Ochsen“ noch fünf ehehafte Tavernenrechte existiren, daß der „Ochsen“ bei der Taxation nach dem Getränkeverbrauch in eine der niedrigsten Klassen des Gesetzes vom 15. Dezember 1845 eingereiht gewesen und eine jährliche Abgabe von nur 87 Fr. 50 Cts. zu entrichten gehabt habe; daß endlich speziell die Herbergefrequenz eine ganz unbedeutende war und sei, glauben die Experten erklären zu dürfen, daß in den

letzten 20 Jahren eine Tavernenkonzession für die Liegenschaft „zum Ochsen" nicht höher als mit 900 Fr. veranlagt worden wäre. Diese 900 Fr. können nun allerdings noch nicht als Aequivalent des ehehaften Tavernenrechtes „zum Ochsen" betrachtet werden. Denn ihre Entrichtung stelle den Konzessionär dem ehehaften Taverneninhaber nur auf die Dauer von 20 Jahren gleich und es hätte unter der Wirksamkeit der Gesetzgebung und Rechtsübung vor Erlaß des neuen Gesetzes die Gebühr von 900 Fr. jeweilen nach Ablauf der 20 Jahre wieder erlegt werden müssen. Als Aequivalent müsse daher ein Grundkapital gesucht werden, welches es ermögliche, nicht nur die erste, sondern auch die später fällig werdenden Konzessionsgebühren zu decken und nebenbei auch geeignet sei, die Inkonvenienz auszugleichen, welche darin liege, daß der Konzessionsinhaber nur ein persönliches, zeitlich beschränktes Recht erhalte, dessen Erneuerung periodisch nachgesucht werden müsse, während den Ehehaften ein konstantes dingliches Recht zustehe. Als ein solches Grundkapital sei nun ein Betrag von 1800 Fr. zu betrachten. Rechne man davon die erste Gebühr von 900 Fr. ab, so verbleibe ein Reservekapital vom gleichen Betrage, das mit Zins und Zinseszinsen à 4 % in zwanzig Jahren auf 1972 Fr. ansteige und nicht blos die jeweilige periodische Leistung der 900 Fr. gestatte, sondern noch ein Benefice von mindestens 172 Fr. schaffe, als Ausgleichung der Werthdifferenz, die aus dem verschiedenartigen rechtlichen Charakter der ehehaften und der konzessionirten Taverne resultire.

Auf diesen Unterschied dürfe kein zu großes Gewicht gelegt werden. Denn die Nothwendigkeit der periodischen Konzessionserneuerung stelle die Sicherheit der Gewerbeausübung erfahrungsgemäß nicht in Frage, falls der Konzessionär mit Bezug auf die persönliche Befähigung und die gewerblichen Einrichtungen denjenigen gesetzlichen Anforderungen entspreche, welchen auch der ehehafte Tavernenwirth unterworfen sei.

Die Ehehafte beeinflusse in Wirklichkeit den Verkehrswerth eines Wirthshauses nur insoweit, als ihre finanziellen Vortheile reichen, wobei immerhin zu beachten sei, daß jene Vortheile auf Kontinuität nicht rechnen können und die Gesetzgebung es in der Hand habe, sie noch mehr abzuschwächen.

Die Experten glauben aber, ihre Taxation des Verkehrswerthes der Ochsentaverne nicht allein auf die aus der Vergleichung der beiden Tavernenrechte hergeleitete Berechnung stützen zu dürfen, sondern auch noch einen weitern bedeutungsvollern Faktor berücksichtigen zu müssen. Es stehe nämlich fest, daß der Ochsenwirth vermöge seiner Ehehafte unter dem Gesetze von 1845 einen jährlichen Vortheil von 87 Fr. 50 Cts. genossen habe, weil er die für seine Wirthschaftsklasse (die 49ste) ausgesetzte Speisepatentgebühr nicht habe zu entrichten brauchen. Diese Taxe entspreche zu 4 % berechnet, einem Kapital von annähernd 2200 Fr., so daß der „Ochsen", als bloße Speisewirthschaft betrieben, gegenüber einer konzessionirten Wirthschaft gleicher Gattung auf einen Mehrwerth von jenem Betrage Anspruch hätte. Dieser Vortheil müsse berücksichtigt werden, freilich nicht in der Art, daß das Kapital von 2200 Fr. als wirklicher Verkehrswerth der Ochsentaverne qualifizirt werde, — das sei dadurch ausgeschlossen, daß jener jährliche Vortheil kein stabiler, sondern ein von der jeweiligen Wirthschaftsgesetzgebung abhängiger gewesen sei, — wohl aber in der Weise, daß das Mittel zwischen dem Kapital von 2200 Fr. und dem auf der ersten Grundlage gefundenen Werthe von 1800 Fr., also der Betrag von 2000 Fr. als reeller Verkehrswerth des ehehaften Ochsentavernenrechts festgestellt werde. Denn für den Verkehrswerth des Rechts zur kritischen Zeit sei jener, wenn auch nicht stabile, Vortheil immerhin von Bedeutung.

2. Rücksichtlich des Tavernenrechts „zum Hirschen": Der Gasthof „zum Hirschen" sei, da die veränderten Verkehrsverhältnisse Ende der 1860ger Jahre einen rentablen Weiterbetrieb verunmöglicht haben, eingegangen; es spreche auch alle Wahrscheinlichkeit dagegen, daß der „Hirschen" in denjenigen Gebäulichkeiten, auf welchen er als Realrecht hafte, je wieder aufleben werde und daß die Zukunftslinie Etzweilen-Schaffhausen hieran etwas ändere. Danach müsse hier die Frage so gestellt werden: Welchen Verkehrswerth hatte das, den alten Gebäulichkeiten „zum Hirschen" zustehende, aber materiell davon losgelöste, flottant gewordene, ehehafte Tavernenrecht im Zeitpunkte vor Erlaß des Gesetzes von 1888 zu beanspruchen? Es liege nun auf der Hand, daß dieser Verkehrswerth kein bedeutender sein könne und es sei kaum erklär-

lich, wie der Inhaber des Rechts, der dasselbe während der letzten sieben Jahre um jährlich 10 Fr. verpachtet hatte, eine Entschädigungsforderung von 10,000 Fr. stellen könne.

Auf den Pachtzins von 10 Fr. sei nun freilich nicht abzustellen, wohl aber auf den materiellen Nutzen, den das Recht zu jener Zeit einzubringen vermocht habe; denn danach richte sich eben der Verkehrswerth. Nach den heutigen Verkehrsverhältnissen Feuerthalens, nach welchen das Herbergerecht geringe Bedeutung habe und die dort bestehenden sechs ehehaften Tavernen ihre Lebensfähigkeit offenbar lediglich dem durch den lokalen Verkehr alimentirten Schenk- und Speisewirthschaftsbetrieb verdanken, sei klar, daß ein nacktes, an kein bestimmtes, betriebenes und „zügiges" Wirthshaus sich anlehnendes Tavernenrecht zu Feuerthalen kein begehrter Artikel sein könne. Werde bei Ermittlung des Werthes der Hirschentaverne in gleicher Weise wie bei der Werthung der Taverne „zum Ochsen" vorgegangen, so ergebe sich: Wenn in den letzten 10 bis 15 Jahren ein Feuerthaler eine Tavernenkonzession hätte erwerben wollen, so hätte er dafür angesichts der bestehenden Verhältnisse voraussichtlich blos das Minimum der Taxe mit 600 Fr. bezahlen müssen. Neben diesem Betrage hätte es eines Grundkapitals von ebenfalls 600 Fr. bedurft, um durch periodische Erneuerung der Konzession das Gewerbe der ehehaften Tavernen gleichzustellen. Von diesem Standpunkte aus würde sich eine Schatzung des Hirschenrechts zu 1200 Fr. rechtfertigen. Der jährliche Vortheil, den die Ehehafte „zum Hirschen" bisher eingebracht habe, sei nach den Aussagen des Pächters Textor und angesichts des Umstandes, daß dieser ohne Ehehafte ein Speisepatent von 58 Fr. 30 Cts. zu bezahlen gehabt hätte, auf rund 60 Fr. zu veranschlagen, gleich dem 4 %gen Zins eines Kapitals von 1500 Fr. Der Verkehrswerth des Tavernenrechtes sei mithin auf 1350 Fr., als dem Mittel zwischen diesem Betrage und der Summe von 1200 Fr. zu veranschlagen. Dem Umstande nämlich, daß der Pächter das Herbergerecht nicht ausgeübt habe, sei angesichts der mehr als zweifelhaften Rentabilität dieses Rechts keine erhebliche Bedeutung beizumessen.

3. Die Experten gehen gemäß der im Prozesse bethätigten Auffassung der beklagten Partei, welche freilich mit der bisherigen

Ausführung des Gesetzes durch die kantonalen Vollziehungsorgane nicht völlig im Einklang stehe, davon aus, daß § 47, Ziffer 1 des Gesetzes vom 15. Juli 1888, wie dies seinem Wortlaute und Sinne entspreche, dahin werde angewendet werden, daß die Kläger noch zwanzig Jahre lang von der Wirksamkeit des neuen Gesetzes in ihren ehehaften, also dinglichen Tavernenrechten geschützt bleiben, daß diese Rechte also erst im Jahre 1908 erlöschen, in persönliche Konzessionsrechte umgewandelt werden und daß die „angemessene Entlastung" nicht mehr und nicht weniger besagen wolle, als daß die den Ehehaften unter dem Gesetze vom Jahre 1845 zugestandenen finanziellen Vortheile bis zum Ablaufe der 20 Jahre den Klägern zu statten kommen sollen. In letzterer Beziehung habe denn auch die Vollziehung des § 47, Ziffer 1, bisher den Ansprüchen der Kläger Rechnung getragen. Freilich haben dieselben nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes eine etwas höhere Wirthschaftsabgabe bezahlen müssen als bisher; allein es sei dies eine Folge der Erhöhung der Wirthschaftsabgaben überhaupt und es seien die Kläger immerhin in der Weise berücksichtigt, daß Spieß mindestens 75 Fr., Moser mindestens 50 Fr. per Jahr weniger zu bezahlen habe, als sie ohne Ehehaften zu bezahlen hätten. Unter der Voraussetzung, daß § 47, Ziffer 1 cit. in dem angegebenen Sinne angewendet werde, biete die Taxation des für die tavernenberechtigten Realitäten der Kläger durch den im Jahre 1908 eintretenden Verlust ihrer Realrechte jetzt schon eingetretenen Nachtheils keine Schwierigkeiten.

Ein Nachtheil trete offenbar jetzt schon ein. Die Realitäten erleiden in Folge des Gesetzes heute schon eine Einbuße an ihrem Verkehrswerthe, indem ihnen eben nach Ablauf der 20 Jahre das Realrecht resp. dessen ausgemittelter Werth entzogen werde. Diese Einbuße werde am einfachsten in der Weise ausgeglichen, daß man heute schon eine Entschädigung gewähre, die, auf den Ablauf der 20 Jahre mit Zins und Zinseszinsen à 4 % berechnet, dem heutigen Verkehrswerthe der beiden Tavernenrechte entspreche. Geschehe dies, so stelle sich die vom Staate Zürich zu leistende Entschädigung nach der Proportion: 1200 : 2000 (1350) gleich 547 Fr. 66 Cts.: x.

1. Für den Kläger Spieß „zum Ochsen" auf 912 Fr. 75 Cts.

2. Für den Kläger Moser „zum Hirschen" auf 616 Fr. 12 Cts., Werth 1. Januar 1889.

E. Von den Parteien sind gegen dieses Gutachten in verschiedenen Richtungen Aussetzungen gemacht worden, welche, soweit erheblich, im rechtlichen Theile dieses Urtheils ihre Darstellung und Würdigung finden werden. Der Instruktionsrichter hat das Vorverfahren durch Verfügung vom 1. Dezember 1890 unter Ablehnung der von beiden Parteien gestellten Ergänzungsanträge, geschlossen. Eine ursprünglich hiegegen eingereichte Beschwerde der Kläger ist von denselben zurückgezogen worden.

F. Bei der heutigen Verhandlung halten beide Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht, indem beide eventuell richterliche Moderation des Quantitativs der Entschädigung beantragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der beklagte Fiskus bestreitet grundsätzlich nicht, daß die ehehaften Tavernenrechte wohlerworbene Privatrechte seien und daß, sofern das Gesetz vom 15. Juli 1888 in schädigender Weise in solche Rechte eingreife resp. dieselben ganz oder theilweise aufhebe, er zu gerechter Entschädigung der Inhaber verpflichtet sei. Einer weitern Untersuchung dieser Frage bedarf es also nicht. Ebenso erkennt der Beklagte an, daß dem Kläger Spieß „zum Ochsen" ein ehehaftes Tavernenrecht wirklich zustehe. Dagegen bestreitet er dies rücksichtlich des Klägers Moser, indem er behauptet, dessen Tavernenrecht „zum Hirschen" sei in Folge langjähriger Nichtbezahlung der dafür zu entrichtenden jährlichen „Rekognitionsgebühr" durch Verwirkung untergegangen. Diese Einwendung ist unbegründet. Das Tavernenrecht „zum Hirschen" ist von den staatlichen Behörden bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 15. Juli 1888 stetsfort als ein zu Recht bestehendes, ehehaftes Tavernenrecht anerkannt worden. Dieser Thatsache gegenüber ist der Beklagte mit der Behauptung, es sei dieses Recht durch die Nichtbezahlung der von ihm während mehr als fünfzig Jahren niemals eingeforderten Gebühr untergegangen, von vornherein nicht zu hören. Es liegt auch nichts dafür vor, daß die fragliche jährliche Abgabe an den Landvogt von Kyburg Vorbedingung der Erhaltung des Tavernenrechts in der Art gewesen

wäre, daß deren Nichtleistung ohne weiters den Verlust des Rechts zur Folge gehabt hätte. Vielmehr hatte der Taverneninhaber durch den Tavernenbrief offenbar ein dauerndes, zeitlich unbeschränktes dingliches Recht erworben, welches nur, so lange es ausgeübt wurde, mit einer jährlichen Abgabe belastet war, die eventuell im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden mußte. Daß eine Einforderung der Abgabe seit Anfang dieses Jahrhunderts nie stattgefunden hat, deutet denn übrigens unverkennbar darauf hin, daß die Abgabe in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr geschuldet wurde, vielmehr in die spätere allgemeine Wirthschafts- oder Getränkeabgabe übergegangen war, wie denn auch nach den vom Beklagten selbst produzirten archivalischen Notizen für andere ehehafte Tavernen zu Feuerthalen an Stelle der frühern Abgabe an die Landvogtei Kyburg einfach die Wirthschaftsabgabe getreten zu sein scheint.

2. Sind somit beide Kläger als Inhaber ehehafter Tavernenrechte anzuerkennen, so ist auch die weitere Einwendung des Beklagten, daß zur Zeit ein schädigender gesetzgeberischer Eingriff in diese Rechte noch nicht vorliege, unbegründet: Daß das Gesetz vom 15. Juli 1888 trotz der im § 47, Ziffer 1 aufgestellten Uebergangsbestimmung einen präsenten Eingriff in die Rechte der Inhaber von Ehehaften enthält, erkennt der Beklagte im Grunde selbst an, wenn er bemerkt, die Aufhebung des Rechts selbst sei schon jetzt, wenn auch auf einen spätern Endtermin verfügt worden und es ist dies denn auch in der That unverkennbar. Die Ehehafte als solche, als dauerndes, zeitlich unbeschränktes, „ewiges" Recht wird durch das Gesetz unmittelbar aufgehoben und an deren Stelle den Berechtigten blos nach Maßgabe der Uebergangsbestimmungen eine zeitlich beschränkte Berechtigung, ein zeitlich beschränkter Fortgenuß ihrer bisherigen Vortheile gewährt. Ein Eingriff in Vermögensrechte der Kläger und damit eine Schmälerung derselben liegt also schon jetzt vor und es ist somit der Schadenersatzanspruch keineswegs verfrüht. Dagegen ist auf der andern Seite klar, daß der Schadenersatzanspruch der Kläger auf Grund derjenigen Rechtsstellung bemessen werden muß, welche ihnen das Gesetz in Wirklichkeit anweist und daß es nicht angeht, dabei die Vorschrift des § 47, Ziffer 1 der Uebergangsbestimmungen einfach

bei Seite zu setzen. Die letztere Gesetzesbestimmung besteht zu Recht und muß vom Richter angewendet werden. Die Kläger sind nicht befugt zu verlangen, daß dieselbe ihnen gegenüber nicht angewendet, dafür aber ihnen eine erhöhte Entschädigung gewährt werde. Sie können nur insoweit Entschädigung verlangen, als sie durch das neue Gesetz wirklich durch Eingriff in ihre Rechte geschädigt werden.

3. Zum Zwecke der Festsetzung der Entschädigung ist demnach zunächst festzuhalten, welches der Sinn und die Tragweite der Uebergangsbestimmung des § 47, Ziffer 1 ist, ob und inwieweit demgemäß den Inhabern von Ehehaften die Ausübung der in denselben liegenden Befugnisse noch auf eine Dauer von zwanzig Jahren verstattet wird. Hierüber hat sich die Regierung des Kantons Zürich im gegenwärtigen Prozesse in einer von ihren Erklärungen im staatsrechtlichen Verfahren mehrfach abweichenden Weise ausgesprochen. Nach dem Wortlaute des § 47, Ziffer 1, daß Inhaber von ehehaften Tavernenrechten noch zwanzig Jahre lang „in ihren Tavernenrechten" geschützt werden, ist anzunehmen, daß dieselben noch während zwanzig Jahren das Wirthschaftsgewerbe in gleichem Umfange und in gleicher Weise wie früher auszuüben berechtigt sind, also insolange noch die Wirthschaftsberechtigung (sofern sie nur die persönlichen Requisite des Gesetzes erfüllen) selbst ausüben, andernfalls dieselbe durch Dritte ausüben lassen, die Gerechtigkeit wie früher übertragen können u. s. w. Die Regierung des Kantons Zürich scheint dies im gegenwärtigen Prozesse grundsätzlich zuzugeben, da sie ausführt, es könne während der gesetzlichen zwanzigjährigen Frist das Patent für eine ehehafte Tavernenwirthschaft bei persönlicher Fähigkeit des Bewerbers nicht verweigert werden und es sei daher eine bloße Kontrolmaßregel, wenn die Tavernenwirthe zur Anmeldung behufs Patentertheilung schon jetzt seien verhalten und ihnen Patente in der gewöhnlichen Form einer persönlichen, einjährigen Bewilligung seien ertheilt worden. Dies schließe nicht aus, daß während der gesetzlichen Frist die Tavernenrechte als dingliche Rechte fortbestehen. Wenn auf der andern Seite die Regierung des Kantons Zürich im gegenwärtigen Verfahren behauptet hat, in dem „Tavernenrechte" sei schon vor dem Gesetze vom 15. Juli 1888 nur das Beherbergungsrecht

inbegriffen gewesen, während für die übrigen Zweige des Wirthschaftsgewerbes, insbesondere die Schenkwirthschaft, die Tavernenwirthe schon früher der Sache nach zu Lösung einer besondern Bewilligung verpflichtet gewesen wären, so scheint sie daraus praktische Konsequenzen nicht ziehen zu wollen. Es ist übrigens die gedachte Ausführung offenbar unrichtig. Die Tavernenbriefe verleihen dem Wirthe in That und Wahrheit nicht nur das Beherbergungsrecht, sondern das Recht zum Betriebe des Wirthschaftsgewerbes in vollem Umfange; wie der Tavernenbrief vom 2. Februar 1811 für die Taverne „zum Ochsen" dies ausdrückt, das Recht „Einheimische und Fremde zu beherbergen und mit Speise und Trank zu versehen." Die spätere Gesetzgebung hat hieran nichts geändert; im Gegentheil geht aus dem bis 15. Juli 1888 gültig gewesenen Gesetze vom 15. Dezember 1845 (vergl. § 17, § 21 litt. h) ganz klar hervor, daß die Tavernenwirthe zwar wie alle andern Wirthe eine Konsumsteuer von den verkauften Getränken aller Art, die auf Grundlage des Getränkeverbrauches veranlagte „Wirthschaftsabgabe" zu entrichten hatten, dagegen zu Ausübung auch der Schenkwirthschaft ohne Weiteres berechtigt waren, ohne dazu einer besondern Bewilligung (eines Patentes) zu bedürfen. Säumniß der Tavernenwirthe in Zahlung der Wirthschaftsabgabe hatte demgemäß auch lediglich Exekution im gewöhnlichen Rechtstriebe, nicht wie bei den Patentwirthen, das Erlöschen des Wirthschaftsrechtes zur Folge. Es ist somit davon auszugehen, daß nach § 47, Ziffer 1 cit. Inhaber ehehafter Tavernenrechte während der gesetzlichen zwanzigjährigen Uebergangsfrist berechtigt sind, das Wirthschaftsrecht in vollem Umfange und in bisheriger Weise (als Realrecht) auszuüben und daß mithin, wenn sie formell dazu verhalten werden, alljährlich ein Patent nachzusuchen, dieses Patent sofern derjenige, welcher die Gerechtigkeit ausüben will, den persönlichen Requisiten des Gesetzes entspricht, nicht kann verweigert werden, vielmehr ohne weiters ertheilt werden muß, so daß es sich bei der sogenannten Patentbewerbung der Tavernenwirthe nicht um Nachsuchen einer Gewerbebewilligung, sondern nur um die Erfüllung einer polizeilichen Meldepflicht handelt. Ebenso ist, wie auch die Regierung des Kantons Zürich anerkennt, davon auszugehen, daß die Inhaber ehehafter Tavernenrechte während

der zwanzigjährigen Uebergangsfrist bei Feststellung der jährlichen Wirthschaftsabgabe in der Weise zu entlasten sind, daß sie den auf das Speise- und Gasthofspatent entfallenden Theil der Abgabe nicht zu bezahlen haben, mithin die unter dem Gesetze von 1845 gemachten finanziellen Vortheile weiter genießen.

4. Von dieser Auffassung des § 47, Ziffer 1 cit. ausgehend, ist bei Bemessung des Quantitativs der Entschädigung im Wesentlichen dem sorgfältig begründeten, im faktischen Theile dieses Urtheils seinem Hauptinhalte nach wiedergegebenen Expertengutachten beizutreten. Dasselbe ermittelt die Verminderung des Verkehrwerthes, welche die Realitäten der Kläger durch das Gesetz vom 15. Juli 1888 und mit dessen Inkrafttreten erlitten haben, nach richtigen Grundsätzen. Wenn der Beklagte dagegen eingewendet hat, die Experten haben den Werth speziell des Beherbergungsrechts nicht ermittelt und seien, indem sie sich für die sofortige Gutheißung einer Entschädigung aussprechen, über ihre Aufgabe hinausgegangen, so sind diese Einwendungen durch die obigen Ausführungen erledigt. Ebenso ist dessen weitere Einwendung, daß die Kläger durch die ihnen kraft § 47, Ziffer 1 des Gesetzes noch für zwanzig Jahre gewährte bevorzugte Rechtsstellung hinlänglich entschädigt seien, gewiß unbegründet. Die blos noch zeitweise Privilegirung der ehehaften Tavernenwirthschaften enthält kein Aequivalent für die Aufhebung des frühern, zeitlich unbeschränkten, Rechtes. Ebenso sind auch die von den Klägern gegen das Expertengutachten erhobenen Einwendungen im Wesentlichen unstichhaltig. Dieselben wenden ein, die Experten haben nicht gewürdigt, daß später z. B. zufolge Aenderungen der Gesetzgebung, möglicherweise überhaupt keine Patente für die klägerischen Tavernen mehr erhältlich seien und daß die Abgaben für Speisewirthschaft und Beherbergung, von denen das Tavernenrecht befreie, durch die spätere Gesetzgebung noch eine Erhöhung erfahren könnten. Speziell in Betreff der Realität, „zum Ochsen" haben sie auf die vorhandene Möglichkeit einer künftigen Erweiterung der Wirthschaftsrealität keine Rücksicht genommen und in Betreff des Tavernenrechts „zum Hirschen" haben sie ausschließlich nur auf den gegenwärtigen Zustand, nicht aber darauf Rücksicht genommen, daß der „Hirschen" jederzeit wieder als Gasthof könnte betrieben werden und daher

nicht derjenige Werth maßgebend sei, welchen das Tavernenrecht für den bisherigen Pächter hatte, sondern der Werth, welchen es hätte, wenn es auf der Realität „zum Hirschen" selbst ausgeübt würde.

Diesen Aussetzungen ist entgegenzuhalten, daß der gegenwärtige Verkehrswerth der klägerischen Realrechte, d. h. der Werth zur Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 15. Juli 1888, zu Grunde zu legen und auf dieser Grundlage die Entschädigung zu bemessen war. Mögliche zukünftige Aenderungen der Gesetzgebung oder der faktischen Verhältnisse waren dabei nur insofern zu berücksichtigen, als die Möglichkeit derselben schon auf die gegenwärtige Werthung der klägerischen Rechte im Verkehr von Einfluß, also geeignet war, diesen einen erhöhten Werth zu verschaffen und daher die durch das neue Gesetz eintretende Entwerthung des Besitzthums der Kläger zu steigern. Nun haben in dieser Beziehung die Sachverständigen die faktischen Verhältnisse richtig gewürdigt und es ist auch prinzipiell gewiß nicht unrichtig, wenn sie darauf abstellen, daß der Einfluß einer Ehehafte auf den Verkehrswerth eines Wirthshauses nicht sowohl in der nach der Auffassung des Verkehrs auch ohnedem vorhandenen Sicherung der Befugniß zum Gewerbebetrieb als in den damit verbundenen finanziellen Vortheilen liege, welch letztere zudem im weiten Umfange von der jeweiligen Gesetzgebung abhängen. Grundsätzlich ist also die Schadensberechnung der Experten zu adoptiren. Immerhin mag mit Rücksicht darauf, daß die Kläger bisher ein dauerndes, stabiles und einer Erneuerung nicht bedürftiges Gewerberecht besaßen, während sie, nach Ablauf der gesetzlichen Uebergangsfrist, bezüglich der Berechtigung zum Wirthschaftsbetriebe, durchaus den wechselnden Vorschriften der Gesetzgebung werden unterworfen sein eine etwelche Erhöhung respektive Abrundung der von den Sachverständigen beantragten Entschädigung Platz greifen.

Ebenso mag ausdrücklich hervorgehoben werden, daß die Bemessung der Entschädigung auf Grund der in Erw. 3 vertretenen Auslegung des § 47, Ziffer 1 des Gesetzes vom 15. Juli 1888 erfolgt und daß den Klägern das Recht zu neuer Schadenersatzforderung vorbehalten bleibt, wenn die durch § 47, Ziffer 1 cit. nach dieser Auslegung ihnen gewährleisteten Vortheile während

der Dauer der gesetzlichen Uebergangsfrist nicht sollten gewährt werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Das Klagebegehren 1 wird gutgeheißen.

2. Der Beklagte hat demnach dem Kläger F. Spieß den Betrag von 1000 Fr. (tausend Franken) und dem Kläger A. Moser den Betrag von 700 Fr. (siebenhundert Franken) jeweils nebst Zins zu 5 % vom 1. Januar 1889 an zu bezahlen.

Lausanne. — Imprimerie Georges Bridel & Cie

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

35. Urtheil vom 15. Mai 1891 in Sachen Appenzell Außerrhoden und Herisau gegen Glarus.

A. Im Heinrichsbad bei Herisau wird (von einer Aktiengesellschaft) eine „Kur- respektive Erholungsanstalt auf der Basis christlicher Hausordnung und möglichster ökonomischer Begünstigung der Gäste" betrieben. In dieser Anstalt halten sich seit 1873 die verwittwete Frau Margaretha Blumer geb. Wild von Schwanden (Kantons Glarus) und seit 1888 (mit kurzen Unterbrechungen) Frau Maria Trümpy geschiedene Paravicini von Ennenda (Kantons Glarus) auf. Frau Blumer-Wild hat in ihrer Heimat, wo sie ein vollkommen eingerichtetes leerstehendes Haus besitzt, einen „Vermögensverwalter", dagegen scheint sie, so viel den Akten zu entnehmen, nicht unter Vormundschaft zu stehen. Frau Trümpy geschiedene Paravicini dagegen steht in ihrer Heimat unter Vormundschaft; sie ist im Jahre 1887 von ihrem Ehemanne wegen unheilbarer Geisteskrankheit geschieden und im

Jahre 1888 aus der Irrenanstalt Burghölzli, wo sie bis dahin untergebracht gewesen war, nach dem Heinrichsbade verbracht worden, wo sie seither unter Aufsicht einer besondern, ihr beigegebenen Wärterin gelebt hat. Weder Frau Blumer-Wild noch Frau Trümpy geschiedene Paravicini haben bisher in Herisau Ausweisschriften hinterlegt und es ist für dieselben bis zum Jahre 1890 die Steuer in ihrer Heimat, im Kanton Glarus, bezahlt worden. Im Herbste 1890 traten nun aber die appenzellischen Behörden mit dem Anspruche hervor, das bewegliche Vermögen der beiden Damen sei in Herisau respektive im Kanton Appenzell zu versteuern. Da diese Ansprüche sowohl vom Vormunde der Frau Trümpy geschiedene Paravicini und dem Vermögensverwalter der Frau Blumer-Wild als auch von den glarnerischen Staats- und Gemeindebehörden zurückgewiesen wurden, so reichten die Landessteuerkommission des Kantons Appenzell Außerrhoden und der Gemeinderath von Herisau am 3./5. März 1891 dem Bundesgerichte eine Beschwerdeschrift ein, in welcher sie die Anträge stellen:

I. Mit Bezug auf das bewegliche Vermögen der Frauen Margaretha Blumer-Wild und Maria Trümpy geschiedene Paravicini sei die Steuerhoheit des Kantons Appenzell Außerrhoden prinzipiell anzuerkennen.

II. Die Vermögen der Frauen Blumer und Trümpy seien pro 1891 im Kanton Appenzell Außerrhoden mit je 500,000 Fr. beziehungsweise 250,000 Fr. steuerpflichtig erklärt, alles unter Kostenfolge.

Zur Begründuug wird grundsätzlich im Wesentlichen ausgeführt: Das Bundesgericht habe wiederholt ausgesprochen, daß der Steuerhoheit eines Kantons auch solche Personen unterstehen, welche, ohne ihren ordentlichen Wohnsitz im Sinne des Civilrechts dort zu haben, sich doch in demselben dauernd aufhalten, sowie daß das (bewegliche) Vermögen Bevormundeter nicht am Orte der vormundschaftlichen Verwaltung sondern am Wohnorte des Mündels zu versteuern sei. Danach müsse die Steuerhoheit rücksichtlich des beweglichen Vermögens der Frauen Blumer-Wild und Trümpy dem Kanton Appenzell Außerrhoden zugesprochen werden, da beide schon seit Jahren und zwar nicht gezwungen,

sondern freiwillig in der Kur- und Erholungsanstalt Heinrichsbad sich aufhalten. Frau Blumer-Wild sei geistig und körperlich völlig gesund; auch Frau Trümpy, deren geistiger Zustand allerdings ein etwas gestörter sei, bewege sich im Heinrichsbad absolut frei, wie jeder andere Kurgast.

B. Die Gemeinderäthe von Ennenda und Schwanden, deren Vernehmlassung sich auch der Regierungsrath des Kantons Glarus anschließt, bemerken in ihrer Beantwortung dieser Beschwerdeschrift: Zu Beurtheilung des Rechtsbegehrens II der Beschwerdeschrift sei das Bundesgericht von vornherein nicht kompetent, da die Festsetzung des steuerpflichtigen Vermögens der Frauen Trümpy und Blumer ausschließlich Sache der Steuerbehörden desjenigen Kantons sei, dessen Steuerhoheit dieselben unterworfen seien. Das Rechtsbegehren I der Beschwerde dagegen sei abzuweisen. Wenn freilich für die Besteuerung des beweglichen Vermögens einer Person nicht schlechthin der civilrechtliche Wohnsitz derselben entscheidend sei, sondern unter Umständen ein thatsächlicher Aufenthalt zur Begründung der Steuerhoheit genüge, so sei doch nicht jeder thatsächliche Aufenthalt von kürzerer oder längerer Dauer hiezu vermögend. Es sei dabei ein wesentlicher Unterschied zu machen zwischen einer Person, welche selbständig ihren Aufenthalt wähle, sich im eigenen Besitzthum ansiedle oder bei einem Privaten Wohnung und Unterhalt oder blos die Wohnung beziehe und einer Person, welche in einer öffentlichen oder Privatanstalt Unterkunft nehme oder untergebracht werde. Erstere allerdings genieße an ihrem Aufenthaltsorte für sich besonders die Einrichtungen und den Schutz des Staates und sei daher seiner Steuerhoheit unterworfen, letztere dagegen sei nicht für sich selbständig an dem betreffenden Orte domizilirt, sondern sie komme nur als Glied der Anstalt in Betracht. Nur als solches nicht für sich selbständig genieße sie die Einrichtungen des Staates. Es könne daher auch nur die Anstalt als solche, nicht aber auch der einzelne Insaße zu Tragung der Staatslasten herangezogen werden. Die beiden Frauen Trümpy und Blumer gehören nun unzweifelhaft zu den Personen der zweiten Kategorie und seien auch bisher als solche mit Fug und Recht von den Behörden des Kantons Appenzell Außerrhoden behandelt worden. Trotzdem nach

dem appenzell-außerrhodischen Polizeigesetze vom 16. Oktober 1859 alle diejenigen, welche ihren Aufenthalt in diesem Kanton nehmen wollen, bei Buße verpflichtet seien, binnen 14 Tagen ihre Ausweisschriften der Polizeibehörde der Gemeinde, in welcher sie „wohnen wollen," einzureichen, so seien die Frauen Blumer und Trümpy hiezu doch niemals angehalten worden. Die appenzellischen Behörden haben dadurch selbst anerkannt, daß deren thatsächlicher Aufenthalt in Herisau den Begriff des „Wohnens" in einer Gemeinde nicht decke und sie also zum Erwerbe einer Aufenthaltsbewilligung nicht verpflichtet gewesen seien. Sie gehören daher nicht zu den steuerpflichtigen Einwohnern des Kantons im Sinne des Art. 16 K.-V. und ebensowenig zu den Beisäßen, welche nach § 2 des appenzell-außerrhodischen Steuergesetzes die Gemeindesteuern da zu bezahlen haben, wo sie „wohnen."

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das zweite Rechtsbegehren der Beschwerdeschrift entzieht sich augenscheinlich der Kognition des Bundesgerichtes. Dem Bundesgerichte steht blos die Prüfung der prinzipiellen Frage, welchem Kanton die Steuerhoheit im Streitfalle zukomme, nicht aber die Taxation des steuerpflichtigen Vermögens zu.

2. Das Bundesgericht hat in wiederholten Entscheidungen (siehe Entscheidung in Sachen Hagenbach, Amtliche Sammlung XIV, S. 9 u. ff. und die dortigen Allegata, ferner Entscheidung in Sachen Aargau gegen Bern vom 20. Februar 1891, Amtliche Sammlung XVII, S. 21 Erw. 2) ausgesprochen, daß der steuerrechtliche Wohnort nicht durch das Domizil im civilrechtlichen Sinne des Wortes bestimmt werde, sondern daß als solcher jeder Ort eines länger dauernden, nicht blos vorübergehenden und zufälligen, thatsächlichen Aufenthaltes gelte, auch wenn derselbe mit dem ordentlichen Wohnsitze im Sinne des Civilrechtes nicht zusammenfalle; es hat im Fernern speziell ausgesprochen, daß auch geistesschwache oder geisteskranke Personen, deren Aufenthalt nicht auf eigenem Willensentschlusse sondern auf Bestimmung des Vormundes beruht, der Steuerhoheit desjenigen Kantons unterstehen, wo sie während längerer Zeit thatsächlich wohnen, sofern sie nur nicht als Pfleglinge in einer Irrenanstalt untergebracht seien und

daher blos noch als Glieder dieser Anstalt und gar nicht mehr als äußerlich selbständig auftretende und wohnende Personen erscheinen. Von diesem Standpunkte aus muß in casu die Steuerhoheit dem Kanton Appenzell Außerrhoden und beziehungsweise der Gemeinde Herisau zuerkannt werden. Nicht zweifelhaft ist dies in Betreff der Frau Wittwe Blumer-Wild, deren langjähriger Aufenthalt in der Kur- und Erholungsanstalt Heinrichsbad, soweit ersichtlich, durchaus auf ihrem eigenen Entschlusse beruht. Der Umstand, daß sie bei diesem langjährigen Aufenthalte nicht in einer Privatfamilie, sondern in einer Kur- und Erholungsanstalt Wohnung und Kost genommen, ist gewiß für die Begründung des Steuerwohnsitzes gleichgültig; sofern es sich bei einem Aufenthalte in einer solchen Anstalt oder in einem Hotel, einer Fremdenpension u. dgl. nicht nur, wie in der Regel, um einen zu Kur- oder Vergnügungszwecken u. dgl. gewählten vorübergehenden, sondern um einen länger dauernden Aufenthalt handelt, so begründet derselbe nach bundesrechtlichen Grundsätzen den Steuerwohnsitz in ganz gleicher Weise, wie dies bei Miethen einer Privatwohnung der Fall wäre. Es ist in der That nicht einzusehen, warum zwischen beiden Fällen ein Unterschied zu machen wäre und der Steuerwohnsitz deßhalb nicht begründet werden sollte, weil jemand es vorzieht, dauernd in einem Gast- oder Kurhause statt in einem Privathause zu leben. Zweifelhafter erscheint die Frage rücksichtlich der unheilbar geisteskranken und in der Anstalt Heinrichsbad vormundschaftlich untergebrachten Frau Trümpy. Allein es muß doch auch in Betreff ihrer die Steuerhoheit des Kantons Appenzell Außerrhoden anerkannt werden. Denn die Anstalt Heinrichsbad ist keine Irren- sondern eine Kur- und Erholungsanstalt und es handelt sich bei der dortigen Unterbringung der Frau Trümpy nicht um einen vorübergehenden Aufenthalt zu Heilzwecken, sondern um einen länger dauernden Aufenthalt in einer Kur- oder Pensionsanstalt, welche der Unterbringung in einer Privatfamilie wesentlich gleichsteht. Ein Grund, eine Ausnahme von der Steuerhoheit des Kantons des dauernden Aufenthaltes zu machen, liegt also gemäß der bisherigen bundesrechtlichen Praxis hier nicht vor. Wenn noch darauf ist Gewicht gelegt worden, daß die Frauen Blumer und

Trümpy zu Einlage von Ausweisschriften nicht seien verhalten worden, so ist dieser Umstand unerheblich; der Steuerwohnsitz wird nicht durch die wirkliche Einlage von Ausweisschriften begründet, sondern durch den dauernden Aufenthalt, welcher zu dieser Einlage und zwar gewiß auch nach appenzellischem Rechte verpflichtet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Den Impetranten ist das erste Rechtsbegehren ihrer Beschwerdeschrift zugesprochen; auf das zweite Begehren derselben wird nicht eingetreten.

II. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

36. Urtheil vom 3. April 1891 in Sachen Rossetti und Genossen.

A. Durch Entscheidung vom 29. Dezember 1888 hat das Bundesgericht eine Beschwerde des C. Sciaroni und Genossen in Biasca wegen Verletzung des Art. 49, litt. 6 B.-V. für begründet und die Gemeinde Biasca für verpflichtet erklärt, von den auf die Rekurrenten entfallenden Gemeindesteuern für 1887 denjenigen Theil in Abzug zu bringen, welcher auf Ausgaben für den Unterhalt des römisch-katholischen Kultus sich beziehe. Als Kultusausgaben hatten in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Gemeindebudget für 1887 (neben Ausgaben für die Sakristane, ai parroci per i soliti uffici und per le ulive) figurirt:

a.	Zehnten an	den Kaplan (Beneficium Pellanda)	Fr.	562 12
b.	„	den Probst	„	604 80
c.	„	den Canonico-coadjutore . . .	„	437 33

Die Regierung des Kantons Tessin hatte der Beschwerde entgegengehalten, es wäre dieselbe erst nach einer Vermögensausscheidung zwischen der Pfarrei und der Gemeinde Biasca statthaft. Letztere besitze gegenwärtig beträchtliche Theile des katholischen Kirchengutes und erst nach einer Vermögensausscheidung zwischen Pfarrei und Gemeinde könnte beurtheilt werden, ob nicht die Einkünfte des Kirchengutes zu Bestreitung der Kultusausgaben genügen und ob also für letztere wirklich eine Steuer erhoben werden müsse, welche dann allerdings ausschließlich von den römischen Katholiken getragen werden müßte. Sie hatte im Fernern darauf hingewiesen, daß jedenfalls die Zehntschuld der Gemeinde Biasca gegenüber verschiedenen kirchlichen Beneficien privatrechtlicher Natur sei. Das Bundesgericht führte in den Entscheidungsgründen aus, die Einwendung der Regierung des Kantons Tessin werfe eine privatrechtliche Frage auf, welche im staatsrechtlichen Verfahren nicht entschieden werden könne und deren Pendenz jedenfalls die Anwendung einer verfassungsmäßigen Gewährleistung nicht auf unbestimmte Zeit suspendiren könne, um so weniger als die Behauptung betreffend die rechtliche Natur der Zehntleistungen durch nichts erwiesen sei. Die Aufgabe über etwaige privatrechtliche Ansprüche der Pfarrei oder sonstiger Berechtigter gegenüber der Gemeinde zu entscheiden, falle nicht dem Bundesgerichte sondern den kompetenten Civilgerichten zu. Derartigen privatrechtlichen Ansprüchen werde durch die staatsrechtliche Entscheidung nicht vorgegriffen.

B. Während der Dauer des dieser Entscheidung vorangegangenen Verfahrens hatte die Gemeinde Biasca, gemäß einem Beschlusse der Gemeindeversammlung vom 4. November 1888 die rückständigen Zehntleistungen bezahlt. Nach der bundesgerichtlichen Entscheidung beschloß die Gemeindeversammlung von Biasca am 10. November 1889, ein Begehren des Pfarreirathes um Bezahlung des den Priestern der Pfarrei schuldigen Zehnten, abzuweisen. Als nun aber daraufhin die Patrone des Kaplaneibeneficiums Pellanda den Kaplaneizehnten für 1889 gerichtlich einklagten, verweigerte die Gemeindeversammlung von Biasca am 16. März 1890 dem Gemeindevorstande die Prozeßvollmacht, und es wurde daher den Patronen des Beneficiums Pellanda am 1. April 1890 durch

Urtheil des Bezirksgerichtes Bellinzona-Riviera ihre Klage zugesprochen. Am 9. April 1890 forderte auch der Pfarreirath seinerseits gerichtlich die Anerkennung der Zehntguthaben des Probst- und Koadjutoreibeneficiums. Die Gemeindeversammlung von Biasca beschloß am 1. Juni 1890, entgegen dem Antrag des Gemeindevorstandes, dieses Begehren ebenso wie ein am 16. Mai 1890 gestelltes Begehren der Patrone des Beneficiums Pellanda um Bezahlung der am 11. Mai 1890 verfallenen ersten Zehntrate für 1890 anzuerkennen; gleichzeitig beschloß sie gemäß dem Antrage einer von ihr am 20. April 1890 niedergesetzten Kommission, für den Zehnten die durch das Gesetz und Reglement für die Abgaben und jede andere Gemeindelast festgesetzte Vertheilungsart anzunehmen, also die für Bestreitung der kirchlichen Zehntleistungen nöthigen Beträge im gewöhnlichen Steuerwege aufzubringen. Gestützt auf diesen Gemeindebeschluß erwirkte der Pfarreirath am 11. Juni 1890 ein die erfolgte Annahme seines Rechtsbegehrens konstatirendes Urtheil des Bezirksgerichtes Bellinzona-Riviera.

C. Mit Eingabe vom 10. Juni 1890 ergriffen Sebastiano Rosseti und Genossen (als akatholische Einwohner der Gemeinde Biasca) gegen den Beschluß dieser Gemeinde vom 1. Juni gleichen Jahres den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie erblicken in dem angefochtenen Beschlusse, welcher die Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zu Kultuszwecken in ein Privatschuldverhältniß anstrebe, eine Verletzung des Art. 49, Absatz 6 B.-V. und einen Verstoß gegen die bundesgerichtliche Entscheidung vom 29. Dezember 1888. Sie stellen die Anträge: das Bundesgericht wolle 1. unter der strengsten civilen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit dem Vorstande von Biasca auferlegen, daß er sich enthalte, die Rekurrenten in die Vertheilung des Zehnten oder der Bodentaxe hineinzuziehen und wolle folglich den von der Gemeindeversammlung von Biasca in ihrer Sitzung vom 1. laufenden Monats auf den von der Spezialkommission abgegebenen Bericht vom 14. Mai hin und auf den Antrag des Consigliere Giuseppe Rossetti, die Klagen vom 9. April und 16. Mai anzuerkennen, gefaßten Beschluß aufheben, mit der eventuellen Vollmacht den Rechtsweg einzuschlagen. 2. Dasselbe wolle den Gemeindevorstand verpflichten, ohne Verzögerung

für die Rückerstattung dessen zu sorgen, zu dessen Zahlung an auf den katholischen Kultus bezügliche Ausgaben die Rekurrenten ungerechterweise gezwungen worden sind. 3. Dasselbe wolle die Versammlung in die vom Bundesgerichte festzusetzenden Kosten verfällen.

D. Der Gemeinderath von Biasca stellt in seiner Rekursbeantwortung den Antrag, das Bundesgericht wolle die Sache in einer Weise entscheiden, daß dem Streite ein Ende gemacht werde. Er legt die Vorgänge dar, welche zu der angefochtenen Schlußnahme geführt haben und setzt den von ihm in der streitigen Frage eingenommenen Standpunkt auseinander; er fügt bei, die Gemeindeversammlung habe am 1. Juni beschlossen, der Gemeinderath solle, wenn gegen die an diesem Tage gefaßten Schlußnahmen Widerspruch erhoben werden sollte, einfach den Pfarreirath und die Patrone des Beneficiums Pellanda in's Recht rufen. Da aber ihm die Beschwerde zur Beantwortung mitgetheilt worden sei, so habe er dieselbe beantwortet, dem Bundesgerichte überlassend, auch andere an der Sache Betheiligte anzuhören, wenn es dies für angemessen erachten sollte.

E. Mit nachträglicher Eingabe vom 22. September 1890 machen die Rekurrenten geltend, der Gemeindevorstand fordere auch die Kirchensteuern für 1889/1890 ein. Sie stellen den Antrag: daß so lange der durch unsere Beschwerde vom 10. Juni abhin angehobene Streit hängt, der bestehende Zustand nicht verändert werden dürfe und daß folglich in Bezug auf uns die eingelegten, auf Zahlung der Kosten für den katholischen Kultus bezüglichen Steuerzeddel als null und nichtig erklärt werden, unter Kostenfolge. Durch provisorische Verfügung des Bundesgerichtspräsidenten vom 20. Oktober 1890 wurde die Eintreibung der von den Rekurrenten geforderten Steuerbeträge bis nach Entscheidung des Bundesgerichtes suspendirt.

F. Mit Eingabe vom 25. September 1890 stellten der Pfarreirath von Biasca und die Patrone des Kaplaneibeneficiums Pellanda den Antrag, als Intervenienten in der Sache zugelassen zu werden. Nachdem ihnen vom Instruktionsrichter Frist zu Einreichung einer Rechtsschrift angesetzt worden war, stellten sie mit Eingabe vom 29. Dezember 1890 die Anträge: Das Bundesgericht wolle 1. sich

inkompetent erklären zur Beurtheilung der Beschwerde des S. Rossetti und Konsorten. 2. Die genannte Beschwerde abweisen, weil sie nicht gegen eine Verfügung einer kantonalen Behörde, sondern gegen die Beschlüsse einer Gemeindeversammlung gerichtet ist und ohne daß die kantonalen Behörden angegangen worden wären. 3. Die Beschwerde abweisen, weil verspätet und gegen die res judicata verstoßend. 4. Die Beschwerde Rossetti und Konsorten auch materiell unbegründet erklären. Zur Begründung ihrer Anträge machen sie wesentlich folgende Gesichtspunkte geltend: 1. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 29. Dezember 1888 anerkannt habe, stehe es demselben nicht zu, über civilrechtliche Ansprüche der Pfarrei Biasca oder anderer Berechtigter an die Gemeinde Biasca zu entscheiden. Im vorliegenden Falle handle es sich nun um solche civilrechtliche, von den Intervenienten im Civilprozeßwege geltend gemachte und von den kompetenten Civilgerichten beurtheilte Ansprüche, welche aus dem am 15. Mai 1812 zwischen der Gemeinde Biasca und den Inhabern der kirchlichen Beneficien abgeschlossenen Zehntablösungsvertrage hergeleitet werden. Das Bundesgericht als Staatsgerichtshof sei also nicht kompetent. 2. Der staatsrechtliche Rekurs sei nach Art. 59 O.-G. nur gegen Verfügungen kantonaler Behörden, nicht aber gegen Beschlüsse von Gemeindeorganen statthaft. 3. Die Beschwerde richte sich formell gegen den Gemeindebeschluß vom 1. Juni 1890 und diesem gegenüber wäre die Beschwerdefrist des Art. 59 O.-G. gewahrt. Allein dieser Abschluß sei in Wahrheit nur die Wiederholung und Bestätigung früherer Gemeindebeschlüsse vom 16. März und 20. April 1890; er basire im Fernern auf dem rechtskräftigen Urtheile vom 1. April 1890. Der Rekurs sei daher verspätet und unzuläßig. 4. Das bundesgerichtliche Urtheil vom 29. Dezember 1888 beschäftige sich nur mit der Zuläßigkeit der Budgetposten, wie sie damals vorgelegen haben, behalte dagegen privatrechtliche Ansprüche ausdrücklich vor. Es sei denn auch damals der Pfarreirath gar nicht Partei gewesen. Die erwähnte bundesgerichtliche Entscheidung mache also nicht Recht zu Gunsten der Rekurrenten. Die Forderungen des Kaplaneibeneficiums Pellanda und des Pfarreirathes von Biasca betreffen auch nicht Steuern, die speziell zu eigentlichen Kultus-

zwecken der katholischen Kirche auferlegt worden wären. Dieselben stützen sich auf den zwischen der Gemeinde Biasca und den damaligen Inhabern des Probstei-Koadjutorei- und Kaplaneibeneficiums abgeschlossenen Zehntablösungsvertrag vom 15. Mai 1812, welcher eine privatrechtliche Schuld der Gemeinde begründe. Die Entstehung des Zehntrechts des Kaplaneibeneficiums Pellanda, die noch genau nachweisbar sei, ergebe dies klar. Gemäß Urkunde vom 1. Dezember 1395 habe der Zehnt auf dem ganzen Territorium von Biasca einer Frau Antonia Sacco, kraft einer ihr an der Gemeinde zustehenden Forderung von 1200 Goldgulden gehört. Dieselbe habe den Zehnt sodann mit Instruktion vom 16. Januar 1410 an verschiedene Herren der Leventina verkauft, welche denselben getheilt und an Andere weiter veräußert haben. Nach und nach sei dieser Zehnt von dem Cavaliere Johann Battista Pellanda von Osogna und dessen Vorfahren wieder zusammen gekauft worden; dieser habe alsdann denselben (zu einem vierten Theil und einem halben) der von ihm am 9. April 1607 gegründeten, noch bestehenden, Kaplanei geschenkt. Einen andern Theil des der Familie Pellanda zustehenden Zehntrechtes habe der damalige Inhaber des Kaplaneibeneficiums im Jahre 1620 gemäß Spruchbrief vom 1. Dezember dieses Jahres an öffentlicher Gant für das Beneficium gekauft. Danach komme dem Zehntrechte der Kaplanei Pellanda ein durchaus privatrechtlicher bürgerlicher Charakter zu. Ganz gleicher Natur seien die Rechte des Probstei- und Koadjutoreibeneficiums, wie schon der Umstand beweise, daß sie in dem Vertrage von 1812 ganz gleich behandelt werden, wie der Zehnt der Kaplanei Pellanda. Durch den Vertrag vom 15. Mai 1812 habe die Gemeinde an Stelle der ursprünglich pflichtigen Privaten die Zehntlast respektive die an den Platz des Zehnten tretenden Leistungen gegenüber den Beneficiaten übernommen. Sie habe dies gewiß nicht gethan ohne daß ihr dafür ein Gegenwerth geleistet worden wäre. Dies berühre übrigens die Rechtsstellung der Beneficiaten nicht. Diese verlangen einfach Zahlung der ihnen gegenüber von der Gemeinde übernommenen Schuld; sie könnten ihre Forderung aus dem Vertrage von 1812 auch an Dritte abtreten, wo dann gewiß keine Rede davon sein könnte, daß diesen gegenüber eine Einrede gestützt auf Art. 49

Abs. 6 B.-V. erhoben werden könnte. Die streitige Forderung habe also durchaus den Charakter einer Privatschuld und nicht denjenigen einer Steuerforderung zu Kultuszwecken, wenn auch dieselbe geistlichen Beneficien zu Gute komme. Speziell der Kaplanei Pellanda liege denn übrigens auch gar keine seelsorgerische Verpflichtung gegenüber der Gemeinde Biasca ob. Nach dem Vertrage von 1812 haben Vertheilung und Einzug der Zehntbeiträge stets der Gemeinde obgelegen; die Beneficiaten haben sich darum nicht zu kümmern gehabt, sondern haben nur die freiwillig gemachten Leistungen der Pflichtigen entgegengenommen. Bis zum Erlaße des Gemeindesteuergesetzes von 1861 seien die Beiträge von der Gemeindebehörde ebenso verlegt worden, wie alle andern Gemeindelasten, nach Inkrafttreten des Gesetzes von 1861 dann eben nach den Vorschriften dieses Gesetzes.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Rekurrenten eine Verletzung des Art. 49 Abs. 6 B.-V. behaupten, so ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde unzweifelhaft insoweit kompetent, als es zu prüfen hat, ob die angefochtene Schlußnahme eine Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Rekurrenten involvirt.

2. Was die Stellung der als Intervenienten in der Sache aufgetretenen Personen, des Pfarreirathes von Biasca und der Patrone des Kaplaneibeneficiums Pellanda, anbelangt, so ist zu bemerken: Wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat, ist auch in staatsrechtlichen Sachen die Intervention statthaft, sofern der Intervenient an der Entscheidung des Streites ein rechtliches Interesse besitzt. Da nun die Beschwerde, so wie sie in erster Linie gestellt ist, die Anerkennung der von den Intervenienten geltend gemachten Zehntforderungen durch die Gemeinde Biasca als verfassungswidrig ansicht, so ist das rechtliche Interesse der Intervenienten an der zu fällenden Entscheidung wohl kaum zu bezweifeln. Uebrigens dürfte nach den sachbezüglichen Mittheilungen des Gemeindevorstandes wohl anzunehmen sein, die Gemeindeversammlung von Biasca habe durch ihre Schlußnahme vom 1. Juni 1890 die heutigen Intervenienten auch zu Wahrung der Rechte der Gemeinde in der vorliegenden Sache ermächtigt und beauftragt.

3. Die Einwendung der Verspätung des Rekurses ist völlig unbegründet. Wenn auch dem angefochtenen Gemeindebeschluß vom 1. Juni 1890 andere Gemeindeschlußnahmen und Urtheile vorangegangen sind, durch welche einzelne der von den Intervenienten geforderten Zehntleistungen anerkannt wurden, so erscheint doch erst der angefochtene Beschluß vom 1. Juni 1890 als ein solcher, welcher die Frage definitiv und grundsätzlich regelt und insbesondere ausspricht, daß die Zehntleistungen auf dem gewöhnlichen Steuerwege aufzubringen seien.

4. Zweifelhafter erscheint dagegen die andere Frage, ob die Beschwerde nicht deßhalb, gemäß Art. 59 O.-G., als unstatthaft erscheine, weil eine Verfügung einer kantonalen Behörde überhaupt nicht vorliege, sondern der Rekurs sich direkt gegen die Schlußnahme einer Gemeindeversammlung richte, welche nicht als entscheidende kantonale Behörde, sondern als Organ der einen Partei erscheine. Es mag indeß die Entscheidung dieser Frage im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben. Denn zu Klarlegung der Verhältnisse ist eine Rückweisung der Sache an die kantonalen Behörden nicht erforderlich und materiell erscheint die Beschwerde, wenn sie auch formell zuläßig sein sollte, jedenfalls als unbegründet, wie dies unten des nähern auszuführen sein wird. Eine Entscheidung, wodurch die Rekurrenten zunächst an die kantonalen Behörden gewiesen würden, wäre also zwecklos und es kann davon um so mehr Umgang genommen werden, als bei Entscheidung der gegenwärtigen Beschwerde auch die Feststellung der Bedeutung und Tragweite der bundesgerichtlichen Entscheidung vom 29. Dezember 1888 in Betracht kommt.

5. In der Sache selbst ist zunächst festzuhalten, daß es sich bei der gegenwärtigen Beschwerde einzig um die Zehntleistungen an die kirchlichen Beneficien, nicht dagegen um anderweitige Leistungen zu kirchlichen Zwecken handelt und handeln kann. In Betreff dieser Zehntleistungen nun kommt der bundesgerichtlichen Entscheidung vom 29. Dezember 1888 nicht diejenige umfassende Bedeutung zu, welche die Rekurrenten ihr beilegen. Dieselbe hat die Einwendung, es handle sich bei diesen Zehntleistungen um rein privatrechtliche Verpflichtungen, gegenüber der damaligen Beschwerde und gestützt auf die damalige Aktenlage als illiquid

zurückgewiesen; dagegen spricht sie nicht definitiv und grundsätzlich aus, die fraglichen Leistungen qualifiziren sich als öffentlich-rechtliche Prästationen zu Kultuszwecken der katholischen Kirche, sondern sie behält über deren rechtliche Natur weitere richterliche Entscheidung ausdrücklich vor. Demnach kann denn, ganz abgesehen davon, daß die Entscheidung vom 29. Dezember 1888 in ihrem dezisiven Theile, sich nur auf das Kultusbudget des Jahres 1887 bezieht, keine Rede davon sein, daß die gegenwärtige Streitfrage durch das bundesgerichtliche Erkenntniß vom 29. Dezember 1888 zu Gunsten der Rekurrenten präjudizirt sei.

6. Art. 49 Abs. 6 B.-V. spricht den Grundsatz aus, daß Niemand gehalten sei, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. Er gewährt also, als Ausfluß des Prinzips der Gewissensfreiheit, dem einzelnen Bürger Schutz gegen die Besteuerung zu Kultuszwecken einer ihm fremden Religionsgenossenschaft; dagegen enthält er keineswegs den ganz andern und viel weiter gehenden Rechtssatz, daß überhaupt aus öffentlichen, Staats- oder Gemeindemitteln, keine Leistungen zu kirchlichen Zwecken übernommen oder gemacht werden dürfen. Solche Leistungen sind vielmehr vollkommen zuläßig. Es steht verfassungsmäßig nichts entgegen, daß eine Gemeinde sich zu Leistungen für Kultuszwecke verpflichte; den Gemeindegenossen, welche der begünstigten Religionsgenossenschaft nicht angehören, steht hiegegen, gegen den eine solche Verpflichtung schaffenden oder anerkennenden Gemeindebeschluß, ein Einspruchsrecht aus Art. 49 Abs. 6 B.-V. nicht zu. Verfassungswidrig ist vielmehr nur, daß die Gemeinde, zum Zwecke der Erfüllung derartiger von ihr übernommener Verpflichtungen, Gemeindegenossen, welche der betreffenden Konfession nicht angehören, mit Steuern belege, (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Rerat, Amtliche Sammlung II, S. 310 f.). Eine sachbezügliche von einer Gemeinde übernommene privatrechtliche Verpflichtung ist für die Gemeinde vollkommen verbindlich; verfassungsmäßig unzuläßig ist nur, daß dissidirende Gemeindegenossen im Steuerwege zu Tragung der daraus für die Gemeinde entstehenden Lasten mit herangezogen werden. Im Fernern ist vollkommen klar, daß der Rechtssatz des

Art. 49 Abs. 6 B.-V. sich nur auf solche Leistungen an oder für Religionsgenossenschaften bezieht, welche zum Zwecke der Bestreitung kirchlicher Bedürfnisse aus öffentlichen Mitteln übernommen oder, kraft öffentlichen Rechtes, auferlegt wurden. Zu Tilgung privatrechtlicher Ansprüche von Religionsgenossenschaften dagegen, welche einer solchen Zweckbeziehung ermangeln, muß selbstverständlich, wie zur Tilgung jeder andern Gemeindeschuld, jeder Steuerpflichtige, ohne Rücksicht auf seine Konfession, beitragen. Hier handelt es sich ja nicht um die autonom beschlossene oder gesetzlich vorgeschriebene Verwendung öffentlicher Gelder zu Beförderung der Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, sondern einfach um Zahlung einer vermögensrechtlichen Schuld; es ist nicht der Religionsgenossenschaft als solcher, zu Förderung ihrer Zwecke, sondern einfach dem Gläubiger, zu Tilgung seiner Forderung, zu leisten. Daß der Gläubiger eine Religionsgenossenschaft ist ändert an dem Rechtsverhältnisse nichts.

7. Danach ist denn von selbst klar, daß die Rekurrenten von vornherein nicht berechtigt sind, den Gemeindebeschluß vom 1. Juni 1890 anzufechten, insoweit derselbe lediglich die Zehntforderung der Intervenienten anerkennt. Beschweren können sie sich vielmehr nur insoweit, als dieser Beschluß verfügt, es seien die zu Bestreitung der Zehntleistungen erforderlichen Beträge auf dem Steuerwege unter Beiziehung aller, auch der akatholischen, Gemeindegenossen, aufzubringen. Insoweit wäre ihre Beschwerde dann begründet, wenn die streitigen Zehntleistungen sich als kirchliche, von der Gemeinde durch autonomen Beschluß übernommene, oder ihr durch hoheitlichen Akt auferlegte, Abgaben zu Kultuszwecken qualifizirten. Es ist auch das Bundesgericht als Staatsgerichtshof, welchem die Wahrung des verfassungsmäßigen Grundsatzes des Art. 49 Abs. 6 B.-V. obliegt, befugt, die rechtliche Natur der fraglichen Leistungen zu überprüfen. Nicht zwar in dem Sinne daß es berechtigt wäre, die Gemeinde, in Aufhebung der auf ihre Anerkennung hin ergangenen civilrechtlichen Urtheile von der übernommenen Verpflichtung zu befreien, wohl aber in der Beschränkung, daß es, wenn eine kirchliche Abgabe vorläge, auszusprechen hätte, daß die Rekurrenten zu deren Tragung nicht herangezogen werden können.

8. Allein in Wahrheit handelt es sich nun bei den streitigen Zehntleistungen nicht um eine kirchliche Abgabe. Die Zehntleistungen werden von der Gemeinde eingefordert kraft des zwischen ihr und den damaligen Inhabern der kirchlichen Beneficien am 15. Mai 1812 abgeschlossenen Zehntablösungsvertrages. Durch diesen Vertrag wurde, nachdem durch tessinisches Gesetz vom 15. Juni 1803 der während der Revolutionszeit aufgehobene Zehnt wieder eingeführt, durch spätere Gesetze aber dessen Loskauf obligatorisch erklärt worden war, zwischen den Inhabern der kirchlichen Beneficien als Zehntherren und der, an Stelle der Zehntpflichtigen verhandelnden, Gemeinde Biasca eine Zehntloskaufssumme von 50,000 respektive 55,000 L. vereinbart und bedungen, daß den Inhabern der Beneficien der Zins dieser Summe als Aequivalent des Zehnten auszurichten sei. Die Vertheilung der Kapital- und Zinsquoten auf die Beitragspflichtigen wurde der Gemeinde überlassen; diese hatte den Beneficiaten jeweilen das Verzeichniß der Beitragspflichtigen und ihrer Quoten einzureichen und an jedem Verfalltage bei den Beneficiaten nachzuforschen, inwieweit die Beitragspflichtigen ihre Verbindlichkeit erfüllt haben. Binnen acht Tagen hatten hierauf die Beneficiaten ein Verzeichniß der Rückständigen (bei Vermeidung des Verlustes ihrer Ansprüche an die Gemeinde) einzureichen, worauf die Gemeinde binnen weitern 14 Tagen den vollen Betrag der ausstehenden Quoten, ohne Rücksicht auf deren Eingang, den Beneficiaten zu bezahlen hatte. Im Verlaufe der Zeit, jedenfalls seit 1861, wurde es üblich, daß die Zehntleistungen einfach auf die Gemeindekasse übernommen und auf die Steuerpflichtigen, ohne Rücksicht auf eine frühere Zehntpflicht, vertheilt wurden. Es handelt sich also bei den fraglichen Zehntleistungen um eine von der Gemeinde, an Stelle der zehntpflichtigen Gemeindegenossen, zu Ablösung früherer Reallasten, vertraglich übernommene Verpflichtung. Die abgelösten Reallasten aber waren nicht öffentlich-rechtlicher sondern privatrechtlicher Natur; sie qualifizirten sich nicht als publizistische, zufolge der kirchlichen Gesetzgebung eingeführte, Abgaben zu kirchlichen Zwecken, sondern als privatrechtliche, auf dem pflichtigen Grundeigenthum ruhende Lasten weltlichen Ursprungs. Die ihnen entsprechenden Berechtigungen waren Gegenstand des privat-

rechtlichen Verkehrs und gelangten, wie insbesondere für den Kaplaneizehnt Pellanda durch die produzirten Urkunden im einzelnen nachgewiesen ist, durch privatrechtliche Akte, theils durch Schenkung, theils durch Kauf, an die kirchlichen Beneficien, so gut wie sie auf gleiche Weise an private weltliche Berechtigte hätten gelangen können. Wenn daher die Gemeinde, aus welchem Grunde immer, die Leistung des für Ablösung dieser Lasten zu gewährenden Aequivalents an Stelle der Zehntpflichtigen übernahm, so hat sie eine gewöhnliche privatrechtliche Schuld übernommen und nicht eine Verwendung öffentlicher Gelder zu Unterhaltung des Kultus der katholischen Kirche beschlossen. Die Rekurrenten können sich daher der Beitragsleistung zu Bestreitung dieser Schuld ebenso wenig unter Berufung auf Art. 49 Abs. 6 B.-V. entziehen, als sie dieß könnten, wenn Gläubiger der Forderung nicht die Inhaber kirchlicher Beneficien, sondern weltliche Berechtigte wären.

9. Ist danach die Berufung der Rekurrenten auf Art. 49 Abs. 6 B.-V. unbegründet, so ist nicht weiter zu untersuchen, ob allfällig auch heute noch das früher zehntpflichtige Eigenthum zu Bestreitung der Zehntleistungen von der Gemeinde wieder könnte herbeigezogen werden und ob die Rekurrenten berechtigt wären, dies zu verlangen. Denn in dieser Richtung steht jedenfalls nicht die Handhabung des Art. 49 Abs. 6 B.-V. in Frage, welche einzig der bundesgerichtlichen Kognition untersteht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

Persönliche Handlungsfähigkeit. — Capacité civile.

37. Urtheil vom 15. Mai 1891 in Sachen Tresch.

A. Jungfrau Barbara Tresch ab der Schipfen zu Silenen, Kantons Uri, stand vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 gemäß dem kantonalen Gesetze unter Geschlechtsvormundschaft. Nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes dauerte diese Vormundschaft thatsächlich fort. Barbara Tresch, welcher in der Verwaltung ihres Vermögens eine gewisse Selbständigkeit belassen wurde, beschwerte sich zunächst nicht hiegegen. In Folge einer von dem Pfarrhelfer Franz Josef Zgraggen in Silenen ihr sowie seiner Köchin Anna Zgraggen gemachten Schenkung seines ganzen Vermögens wurde nun aber Barbara Tresch, da die Verwandten des Schenkgebers dessen Entmündigung erwirkten, und die Schenkung als erschlichen anfochten, in Straf- und Civilprozesse verwickelt; sie verlangte nunmehr in den Jahren 1887 und 1888 wiederholt bei den urnerischen Behörden die Aufhebung der Vormundschaft, wurde indeß mit ihren Begehren abgewiesen. Im Februar 1891 stellte sie von neuem beim Gemeinderathe von Silenen und nach dem sie von diesem durch Beschluß vom 14. Februar abgewiesen worden war, beim Regierungsrathe des Kantons Uri das Begehren um Aufhebung der Vormundschaft und Anerkennung ihrer vollständigen Handlungsfähigkeit, sowie in Folge dessen ihrer Berechtigung, ihre Rechte in einem von dem Vormunde des Pfarrhelfers Zgraggen gegen sie eingeleiteten Civilprozesses selbst zu wahren. Der Regierungsrath des Kantons Uri wies durch Entscheidung vom 28. Februar 1891 das Begehren

um Entvogtigung ab, indem er dagegen den Gemeinderath von Silenen einlud, der Tresch für den eingeleiteten Prozeß einen unparteiischen Vertreter vorzuschlagen. Diese Entscheidung stützt sich im Wesentlichen auf die Vernehmlassung des Gemeinderathes von Silenen, in welcher ausgeführt wird: Nachdem die Tresch mit ihren frühern Begehren um Entvogtigung in allen Instanzen abgewiesen worden sei und der Sachverhalt sich seither nicht geändert habe, auch keine neuen Beweismittel vorliegen, liege res judicata vor und sei die Tresch zur Beschwerde überhaupt nicht mehr berechtigt; die Tresch besitze übrigens nicht die nöthigen geistigen Fähigkeiten um ihre ökonomischen Verhältnisse selbst zu ordnen; aus der Art und Weise, wie sie bisher ihr Vermögen, soweit ihr dasselbe überlassen worden sei, verwaltet habe, ergebe sich, daß sie sich der Gefahr eines künftigen Nothstandes aussetzen würde, wenn sie als handlungsfähig erklärt würde. Sie sei nunmehr 51 Jahre alt, habe stets unter Vormundschaft gestanden, sei als eine leichtgläubige, geistig beschränkte Person bekannt; ihre unbesonnene, geradezu leichtsinnige Handlungsweise in dem gegen sie eingeleiteten Forderungsprozesse des Pfarrhelfers Zgraggen respektive seines Vormundes ließe das schlimmste für ihre ökonomische Zukunft befürchten.

B. Gegen diesen Entscheid beschwert sich Barbara Tresch mit Eingabe vom 4./8. April 1891 beim Bundesgerichte wegen Nichtanwendung des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, indem sie den Antrag stellt: Das Bundesgericht wolle erkennen, die am 28. Februar 1891 vom Regierungsrathe von Uri über die Rekurrentin verordnete Vormundschaft sei als ungesetzlich aufgehoben. Sie produzirt ein schriftliches Zeugniß einer Anzahl angesehener Bürger von Silenen sowie ein ärztliches Gutachten zum Nachweise dafür, daß sie als rechtschaffene, sparsame, häusliche und vernünftige Person anerkannt sei und sich im vollen Besitze aller Geisteskräfte befinde, auch geistig und physisch normal entwickelt sei. In rechtlicher Beziehung führt sie aus: Von einer res judicata könne hier nicht die Rede sein; zunächst lasse sich die Fortdauer einer früher verhängten Geschlechtsvormundschaft durch nichts rechtfertigen und sodann könne überhaupt die Aufhebung der Entmündigung stets verlangt werden. Nun stelle die angefochtene Entscheidung des Regierungsrathes einen bundes-

rechtlich zuläßigen Entmündigungsgrund nicht fest, da dieselbe kein körperliches oder geistiges Gebrechen der Rekurrentin feststelle und noch weniger sage, daß die Rekurrentin wegen eines solchen zur Verwaltung ihres Vermögens unfähig sei. Der Regierungsrath stelle vielmehr einfach auf die Erklärungen des Gemeinderathes ab; das sei aber kein Motiv; in Wirklichkeit könne denn auch der Regierungsrath einen Entmündigungsgrund nicht feststellen, da eben ein solcher nicht vorliege, die Rekurrentin gegentheils sehr wohl fähig sei ihre Angelegenheiten selbst zu verwalten. Es handle sich um ein verstecktes Festhalten der abgeschafften Geschlechtsvormundschaft.

C. Der Regierungsrath des Kantons Uri bemerkt in seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde im Wesentlichen: Da die Sachlage sich seit den frühern die Entvogtigungsbegehren der Rekurrentin abweisenden Entscheidungen der kantonalen Instanzen nicht erheblich verändert habe, so müsse sich zunächst fragen, ob die Beschwerde überhaupt noch als zulässig zu betrachten und nicht das Beschwerderecht verwirkt sei. Die Beschwerde sei aber auch materiell unbegründet. Das Bundesgericht habe stets anerkannt, daß von einer Verletzung des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit dann keine Rede sein könne, wenn die Bevogtigung sich auf einen bundesrechtlich zuläßigen Grund stütze und blos streitig sei, ob dieser Grund in concreto zutreffe; in einem solchen Falle könnte nur dann etwa von einer Verletzung des Bundesgesetzes gesprochen werden, wenn ein bundesrechtlich zuläßiger Entmündigungsgrund blos vorgeschoben worden sein sollte, um eine bundesrechtlich offenbar unzuläßige Bevogtigung zu begründen, respektive aufrecht zu erhalten. In concreto nun sei der Grund, aus welchem die Bevogtigung der Rekurrentin aufrecht erhalten werde, ein bundesrechtlich zuläßiger, aus Art. 5 Ziffer 1 B.-G. geschöpfter. Derselbe sei auch, wie des nähern ausgeführt wird, keineswegs ein blos vorgeschobener. Demnach werde beantragt, es sei die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde kann nicht deßhalb als unzuläßig oder verspätet zurückgewiesen werden, weil die Rekurrentin gegen die frühern, ihre frühern Entvogtigungsbegehren abweisenden Entscheidungen der kantonalen Behörden sich binnen nützlicher Frist nicht

beschwert hat. Einmal nämlich wird überhaupt durch die Abweisung eines Entvogtigungsbegehrens, der Natur der Sache nach, nicht ausgeschlossen, daß später Seitens der gleichen Person auf Grund der nunmehrigen Sachlage ein neues Begehren um Aufhebung der Vormundschaft gestellt werde. Sodann aber fällt in casu in Betracht, daß es sich hier, wie unten zu zeigen ist, überhaupt nicht um die Wiederaufhebung einer ausgesprochenen Entmündigung, sondern vielmehr nur um die deklarative Anerkennung der vollen Handlungsfähigkeit der Rekurrentin handelt.

2. In der Sache selbst erscheint die Beschwerde ohne weiters als begründet. Denn: Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1881 fiel die Geschlechtsvormundschaft über die Rekurrentin ipso jure dahin; letztere erlangte damit von selbst und ohne daß es einer vorgängigen behördlichen Aufhebung der Vormundschaft bedurft hätte, den Zustand der vollen Handlungsfähigkeit und damit die Dispositionsbefugniß über ihr Vermögen wie die Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Ihre Handlungsfähigkeit konnte nur durch Entmündigung, wenn in einem gegen sie eingeleiteten Entmündigungsverfahren ein bundesrechtlich zuläßiger Entmündigungsgrund festgestellt wurde, wieder aufgehoben oder beschränkt werden. Eine Entmündigung der Rekurrentin hat nun aber gar nie stattgefunden, da ein Entmündigungsverfahren gegen sie nie eingeleitet worden ist, vielmehr ist einfach die frühere Geschlechtsvormundschaft aufrechterhalten und fortgesetzt worden. Dies ist aber mit dem Bundesgesetze unverträglich; nach diesem ist vielmehr die Rekurrentin so lange sie nicht in gesetzlicher Form aus einem bundesrechtlich zuläßigen Grunde entmündigt wird, vollkommen handlungsfähig und daher jederzeit berechtigt, die Aufhebung der thatsächlich fortbestehenden vormundschaftlichen Verwaltung zu verlangen. (Vgl. Entscheidung des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung IX, S. 482 f.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin der Rekurrentin ihr Rekursbegehren zugesprochen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande. Traités de la Suisse avec l'étranger.

Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Italien. — Traité avec l'Italie.

38. *Arrêt du 20 Juin 1891 dans la cause Livraghi.*

Dario Livraghi, de Lodi (Italie), lieutenant aux carabiniers royaux d'Italie, actuellement détenu à Lugano, est accusé :

A. Suivant mandat d'arrêt du juge d'instruction près le tribunal militaire de Massaouah, du 10 Mars 1891 : 1° De calomnie, au sens de l'art. 212 du Code pénal italien, pour avoir, de concert avec d'autres personnes, en Décembre 1889 et Janvier 1890, ourdi une machination calomnieuse, dans le but de faire condamner, par le tribunal militaire et extraordinaire de Massaouah, Hassan Mussa El Akad et Kantibaï Ahmed Hassan à mort, Saïd Ali Safi, aux travaux forcés à perpétuité, sous la fausse prévention d'espionnage et de trahison ;

2° De péculat, au sens de l'art. 168 du Code pénal italien, pour avoir : *a*) en sa qualité de chef de la direction de police indigène à Massaouah, et de commandant intérimaire de la compagnie des carabiniers royaux, soustrait et détourné à son profit, dans la maison de Kantibaï Ahmed, un fusil Winchester, un chameau dressé à la course, des armes indigènes, des tapis et des vêtements, le tout d'une valeur indéterminée ; dans la maison de Mussa El Akad, des objets d'or et d'ar-

gent, des perles, et une somme d'environ 2700 francs en espèces ; *b*) détourné, à son profit, la plus grande partie d'une somme de 585 thalers de Marie Thérèse, somme qu'il avait perçue par ordre supérieur et qu'il devait distribuer, comme gratification, aux individus qui s'étaient distingués à l'occasion de la découverte de la prétendue trahison et de l'arrestation d'Akad et de Kantibaï, et pour ne leur avoir remis que des quotes-parts bien inférieures à ce qui avait été fixé ;

3° De concussion, au sens des art. 169 et 207 du Code pénal italien, pour avoir, à de nombreuses reprises et à différentes époques, en abusant de sa position de fonctionnaire public, contraint avec violence des indigènes et des Européens à payer diverses sommes pour être mis en liberté, alors que, le plus souvent, ils avaient été arrêtés arbitrairement, sous le prétexte futile qu'ils avaient vendu ou consommé du hachisch.

B. Suivant mandat d'arrêt du juge d'instruction près le tribunal militaire de Massaouah, du 23 Mars 1891, de divers homicides, au sens de l'art. 254 du Code pénal militaire italien, commis, près d'Archico et d'Emberemi, entre les mois de Septembre 1889 et Février 1890, sur la personne de Goïtaï Hon, négociant abyssin, de Ligg Agos, neveu et suivant de Kantibaï Aman, de Scerif, suivant du même Kantibaï Aman, d'Ali Taher, Abyssin, de Naïb Osman et de trois autres Abyssins inconnus.

Fondé sur ces mandats d'arrêt, le gouvernement italien demande au Conseil fédéral l'extradition de Dario Livraghi, lequel est en détention préventive depuis le 9 Mars 1891 déjà. Ce dernier s'étant opposé à son extradition, les pièces ont été, par office du 18 Mai 1891, transmises au Tribunal fédéral, chargé de statuer. A l'appui du recours de Dario Livraghi, l'avocat de celui-ci, M. Natale Rusca, à Lugano, a produit d'une part, une consultation juridique du Dr König, professeur à Berne, d'autre part, un mémoire circonstancié, rédigé par lui-même, et daté du 12 Mai 1891. Dans cette dernière pièce, le recourant fait remarquer que les mandats

des 10 et 23 Mars 1891, qui fondent la demande d'extradition, ont été précédés d'autres mandats d'arrêt, dans lesquels les accusations dirigées contre lui ne seraient pas aussi graves; l'augmentation successive des accusations fait supposer que celles-ci ont été adaptées, non pas à la réalité, mais aux exigences du traité d'extradition. Livraghi ne saurait être rendu responsable du meurtre des personnes mentionnées dans le mandat d'arrêt du 23 Mars 1891. Il s'agirait, d'après lui, d'exécutions ordonnées par le commandant militaire de Massaouah, en vertu des pleins pouvoirs extraordinaires qui lui avaient été conférés, et le recourant n'aurait fait, à cette occasion, qu'exécuter les ordres de ses supérieurs. En droit, l'opposition à l'extradition est motivée, dans les deux pièces produites par le recourant, essentiellement par les considérations suivantes:

1° D'après le traité d'extraditoin italo-suisse, du 22 Juillet 1868, l'extradition ne doit être accordée que dans le cas où les délits pour lesquels elle est demandée ont été commis sur le territoire du royaume d'Italie. Massaouah, lieu où les délits auraient été commis, de même que les autres possessions de l'Italie dans l'Afrique orientale, ne fait pas partie du territoire du royaume, et n'est pas soumis au traité d'extradition. On ne saurait admettre que les traités soient applicables, de plein droit, aux colonies des Etats contractants; dans le doute, il est, au contraire, plus juste de repousser cette application, puisque les colonies ne font pas partie du territoire de l'Etat, dans le sens strict du mot. Mais il est absolument indubitable que les traités ne sauraient s'appliquer à des territoires ou à des colonies acquis postérieurement à la conclusion du traité, une nouvelle convention étant nécessaire en cas pareil. Or Massaouah n'a été acquis par l'Italie qu'en 1886, soit après la conclusion du traité d'extradition italo-suisse. Le traité d'extradition n'y a pas été régulièrement promulgué, et la Suisse n'a certainement ni voulu ni pu stipuler l'application de ce traité à ce territoire, qui, alors, n'appartenait nullement à l'Italie. L'Italie ne saurait exiger dès lors qu'on applique à ses possessions de l'Afrique orientale le traité d'extradition, pas plus que le traité de commerce, par exemple.

2° Les possessions italiennes dans l'Afrique orientale, et Massaouah spécialement, ne forment ni une colonie distincte, ni une partie intégrante du royaume d'Italie. Actuellement Massaouah n'est pas encore définitivement séparé de l'Egypte à laquelle il a appartenu depuis 1866. Ce territoire est occupé et administré par l'Italie, mais il ne fait aucunement partie de l'Etat italien. Il résulte de déclarations répétées des ministres Robilant et Crispi à la Chambre italienne que les possessions de l'Afrique orientale ne font pas partie du territoire du Royaume, mais forment un territoire « extrastatutaire, » auquel la constitution du Royaume n'est pas applicable. Les lois italiennes, notamment les lois pénales, qui n'y ont jamais été introduites, n'y sont pas en vigueur. C'est seulement par une loi du 1er Juillet 1890 que le gouvernement royal a été autorisé à introduire, avec les modifications nécessaires, la législation civile et pénale de l'Italie dans la colonie Erythrée (en laquelle les possessions italiennes de la mer Rouge ont été réunies par décret du 1er Janvier 1890). Mais, jusqu'ici, le gouvernement n'a pas fait usage de ce pouvoir, et, en tout cas, à l'époque où Livraghi aurait commis les délits qui lui sont imputés, ce n'est pas le droit pénal, commun ou militaire, de l'Italie qui était en vigueur à Massaouah, mais bien le droit égyptien, qui n'a jamais été abrogé. Or l'art. 9 du traité d'extradition exige, entre autres, qu'une demande d'extradition indique les dispositions pénales applicables. En l'espèce, il n'a pas été satisfait à cette exigence, puisque les mandats d'arrêt mentionnent les dispositions du droit pénal italien, lesquelles sont inapplicables, comme cela a été démontré.

3° D'après l'article 1er du traité, l'extradition doit être accordée seulement si la condamnation pénale ou la poursuite pénale émanent d'une autorité compétente de l'Etat requérant. Le juge qui statue sur l'extradition a le droit et le devoir de rechercher si le tribunal devant lequel l'inculpé doit paraître est, d'après la constitution et la loi du pays requérant, l'autorité régulièrement compétente. Le tribunal militaire de Massaouah ne constitue pas une telle autorité compétente dans le royaume d'Italie. Massaouah ne faisant

pas partie intégrante du royaume, le tribunal militaire qui y siège n'est, d'une façon générale, pas un tribunal italien, c'est-à-dire un tribunal de l'Etat avec lequel la Suisse a conclu le traité du 22 Juillet 1868. Sans doute, ce tribunal est composé d'officiers italiens, mais c'est un tribunal de la colonie, ce n'est pas une autorité ayant droit d'administrer la justice dans le royaume d'Italie. Mais en admettant même que le tribunal militaire de Massaouah soit un tribunal italien, on ne saurait dire cependant qu'il constitue une autorité compétente au sens du traité. D'une manière générale, les autorités de Massaouah sont toutes des autorités non constitutionnelles, puisqu'elles ne sont pas prévues par la constitution, en dehors de laquelle elles ont été établies et en dehors de laquelle elles subsistent. Cela est tout particulièrement vrai du tribunal militaire, dont l'institution et la composition ne sont pas réglées par une loi, contrairement aux art. 70 et 71 du Statut italien. L'organisation de ce tribunal ne repose pas même sur un décret royal, mais seulement sur un règlement qui fait partie du mémoire sur l'organisation politique et administrative de la colonie, mémoire présenté, en 1886, à la Chambre des députés par le Ministre des affaires étrangères; elle repose aussi sur une ordonnance (avviso) du gouverneur, général Orero, de 1890. Ces deux ordonnances sont absolument illégales et anormales; d'ailleurs, elles ne règlent pas même, à proprement parler, l'institution et la composition du tribunal militaire, mais elles supposent son existence et règlent seulement sa compétence pénale. Mais alors même que le tribunal militaire de Massaouah n'aurait pas une origine inconstitutionnelle, il ne serait cependant pas légalement compétent pour juger les délits dont le recourant a à répondre, ce pour des motifs que le recours expose d'une manière détaillée; d'après les lois actuelles de l'Italie, ce serait, au contraire, aux tribunaux ordinaires qu'il appartiendrait de connaître de ces délits. Si le tribunal militaire de Massaouah est un tribunal exceptionnel et inconstitutionnel au regard même des compétences qui lui sont attribuées par les règlements précités de 1886 et de 1890, il l'est également quant

à la procédure, qui exclut tout appel. Le tribunal militaire de Massaouah est, en effet, un tribunal de guerre ; il en a toutes les compétences extraordinaires et la procédure, un décret royal du 17 Février 1887 ayant décidé que les troupes envoyées en Afrique seraient à considérer comme étant sur pied de guerre en ce qui concerne les compétences pénales militaires et le droit pénal, et que le commandant en chef des troupes d'Afrique serait autorisé à déclarer en état de guerre la place de Massaouah, et tout autre point de l'Afrique compris dans les possessions italiennes.

4° Le délit de calomnie n'est pas prévu dans le traité d'extradition, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà décidé dans la cause Migliavacca ; l'extradition doit donc être refusée, en tout cas, en ce qui concerne ce délit.

Dans une lettre du garde des sceaux, du 10 Juin 1891, le gouvernement italien s'est déterminé, en substance, comme suit sur les moyens invoqués contre l'extradition :

1° L'art. 1er du traité d'extradition ne restreint pas l'obligation d'extrader aux délits commis sur le territoire de l'Etat requérant. C'est un principe de droit public reconnu, que les traités s'étendent aussi aux territoires annexés ou occupés par les états contractants après la conclusion du traité. Ainsi, après la fondation du royaume d'Italie, les traités conclus par les Etats sardes ont remplacé, dans tout le territoire du royaume d'Italie, les traités conclus par les anciens gouvernements des divers Etats italiens. Si l'on admettait la théorie du recourant, on arriverait à ce singulier résultat que l'extradition ne pourrait être requise ni accordée pour un délit commis dans la province de Rome, parce que cette province n'a été réunie au royaume que depuis le 22 Juillet 1868. On ne peut pas non plus objecter que les traités ne s'appliquent, en aucun cas, aux colonies acquises plus tard. Le traité d'extradition parle simplement de territoire (territorii), sans faire aucune distinction ; il est donc applicable aussi bien aux territoires sur lesquels les parties contractantes possèdent une souveraineté complète et directe, qu'aux colonies ; du reste, les autorités suisses ont, dans l'affaire Cini, interprété le

traité d'extradition en ce sens que l'expression « territoire » comprend même des pays dans lesquels les contractants n'ont aucun droit de souveraineté, mais un simple droit de juridiction en vertu des capitulations.

2° Quant au moyen qui consiste à dire que le tribunal militaire de Massaouah n'est pas une autorité compétente, il est à remarquer que le gouvernement de l'Etat requis a bien le droit d'examiner si les documents exigés par le traité existent, et si ces documents émanent d'une autorité compétente, mais ce gouvernement, par contre, n'a pas à rechercher si, d'après la législation de l'Etat requérant, c'est à tort ou à bon droit que pareille compétence a été attribuée à l'autorité en question. En effet, en se livrant à un semblable examen, le gouvernement requis s'immiscerait dans le domaine de la législation intérieure de l'Etat requérant, ce qui serait inadmissible et incompatible avec le principe de l'autonomie des Etats. Le gouvernement suisse a donc bien, en l'espèce, le droit d'examiner si le tribunal militaire de Massaouah, soit le juge d'instruction fonctionnant près ce tribunal, constitue une autorité compétente de l'Etat italien, mais il ne saurait examiner la question de savoir si cette compétence a été attribuée à tort ou à raison au dit tribunal. Or, la première de ces questions doit, sans aucun doute, être résolue affirmativement.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'art. 1er du traité d'extradition italo-suisse ne limite pas l'obligation d'extrader aux délits commis sur le territoire de l'Etat requérant, mais il prescrit cette obligation, d'une manière générale, pour tous les individus, condamnés ou poursuivis par les autorités compétentes de l'une des parties contractantes, à raison d'un délit prévu au traité, et qui se sont réfugiés sur le territoire de l'autre Etat. On ne saurait donc refuser l'extradition par le motif que les délits reprochés à l'individu recherché n'auraient pas été commis sur le territoire du royaume d'Italie, tel qu'il existait lors de la conclusion du traité. Il importe peu que le for du délit se trouve eu dehors du territoire du royaume d'Italie, tel qu'il existait lors de la conclusion du traité ; en présence du texte précis

du traité, cette circonstance n'exclut pas l'obligation d'extrader, aussi longtemps que l'individu recherché est soumis à l'autorité pénale de l'Etat italien, et que les autorités italiennes sont ainsi compétentes pour la poursuite pénale. Il n'est donc pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner la question générale de savoir si, à défaut de disposition expresse, les traités s'appliquent aussi aux colonies ou aux territoires acquis postérieurement par l'un des Etats contractants; d'ailleurs, cette question ne peut guère être résolue d'une manière uniforme, la solution devant varier suivant la nature des différents traités et l'intention présumée des contractants, laquelle dépend de cette nature même.

2° Or il ne paraît pas douteux que le recourant est soumis à l'autorité pénale de l'Etat italien pour les délits qui lui sont reprochés. En admettant même que la colonie Erythrée ne fasse pas partie du territoire italien dans le sens strict du mot, on ne saurait contester qu'elle soit soumise à la souveraineté et tout spécialement à la juridiction du royaume d'Italie. Le recourant objecte, il est vrai, que les lois pénales italiennes ne sont pas applicables à la colonie Erythrée, parce qu'elles n'y ont pas été promulguées, et que c'est le droit égyptien qui y est encore en vigueur; mais ce moyen, abstraction faite de sa portée au point de vue de l'obligation d'extrader, est, en tout cas, absolument sans valeur pour autant qu'il s'agit de ressortissants italiens, et notamment, comme en l'espèce, de militaires italiens. Ainsi que cela a déjà été exposé dans l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en la cause Cini, les ressortissants d'Etats européens qui se trouvent au bénéfice de capitulations, les Italiens en particulier, sont soumis, en Egypte, non pas au droit égyptien, mais au droit pénal de leur pays d'origine. Ainsi donc, même abstraction faite de l'occupation de Massaouah par les troupes italiennes et de la soumission de ce territoire à la souveraineté du royaume d'Italie, le recourant serait soumis, non pas au droit pénal égyptien, mais au droit pénal italien. Mais, en outre, il est absolument incontestable, suivant un principe reconnu du droit des gens, qu'en tout cas, les soldats qui font partie des garnisons italiennes à Massaouah sont soumis

au droit pénal italien, et non pas au droit égyptien (comp. art. 3 du Code pénal militaire italien).

3° Quant au moyen consistant à dire que le tribunal militaire de Massaouah, duquel émane le mandat d'arrêt, et par lequel l'opposant doit être jugé, n'est pas une autorité italienne, et en tout cas pas une autorité compétente au sens du traité, mais bien un tribunal d'exception, inconstitutionnel et illégal, il y a lieu de remarquer ce qui suit : Le tribunal militaire de Massaouah, bien que siégeant en dehors du royaume d'Italie, est incontestablement un tribunal italien, un organe de l'autorité publique, au moyen duquel l'Etat italien exerce son droit de juridiction. De plus, le traité d'extradition ne limite pas l'obligation d'extrader aux délits qui relèvent des tribunaux ordinaires ; par conséquent, l'extradition ne saurait être refusée par le seul motif que le mandat d'arrêt émane d'un tribunal militaire. La compétence des tribunaux de l'Etat requérant étant établie en principe, il n'appartient pas non plus à l'Etat requis d'examiner si le tribunal nanti de la poursuite pénale est compétent d'après les principes en vigueur dans l'Etat requérant au sujet du for et de la compétence, ou si, au contraire, d'après ces principes, la compétence appartiendrait à un autre tribunal de l'Etat requérant. La fixation de la compétence entre les différents tribunaux de l'Etat requérant est une pure question de législation intérieure, qui ne concerne pas l'autre Etat. Par contre, le juge chargé de statuer sur l'extradition a certainement le droit de rechercher si le tribunal dont émane le mandat est, d'une façon générale, une autorité judiciaire dans le sens donné à cette expression lors de la conclusion du traité, eu égard à l'organisation judiciaire de l'Etat requérant, ou si, au contraire, ce tribunal apparaît comme un tribunal d'exception, étranger à cette organisation et ne présentant pas les garanties de bonne administration de la justice dont les parties supposaient l'existence lors de la conclusion du traité. Il n'y a là aucune immixtion indue de l'Etat requis dans les affaires intérieures de l'Etat requérant, mais simplement une constatation licite de l'existence des conditions de l'extradition. En effet, l'obligation d'extrader est assumée par les Etats con-

tractants en considération de la confiance que leur inspirent les institutions judiciaires de l'autre partie. Or le tribunal militaire de Massaouah est, quant à sa composition et à sa procédure, un conseil de guerre de la nature de ceux qui peuvent être établis à teneur de la législation italienne, soit du Code pénal militaire du 28 Novembre 1869 (art. 540); en tant qu'il s'agit de personnes soumises à la juridiction militaire, ce tribunal ne saurait donc être considéré comme un tribunal d'exception, ne répondant pas aux institutions judiciaires telles que les parties les avaient en vue lors de la stipulation du traité d'extradition. Il importe peu qu'il ait été établi, non par une loi spéciale, mais par des ordonnances du commandant militaire en chef; en effet, le Code pénal militaire autorise en principe des ordonnances de cette nature, et, en l'espèce, elles ont évidemment été approuvées par le gouvernement et par le parlement, soit expressément, soit tacitement, pour autant du moins qu'il s'agit de sa compétence à l'égard de personnes soumises à la juridiction militaire.

4° Il suit de ce qui précède que la demande d'extradition doit être admise pour autant qu'il s'agit de délits prévus par le traité. Or, à teneur de l'art. 2 chiffres 1, 7 et 10, les délits d'homicide, de péculat et de concussion, reprochés au recourant, apparaissent comme visés par ce dernier. Il en est autrement, en revanche, du délit de calomnie, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà admis dans son arrêt du 10 Avril 1885 concernant la cause Migliavacca. L'extradition doit donc être accordée pour les premiers de ces délits, mais refusée pour le dernier.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

L'extradition de Dario Livraghi au gouvernement royal d'Italie est accordée pour homicide, concussion et péculat; elle est, par contre, refusée pour le délit de calomnie.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Heimatlosigkeit. — Heimatlosat.

39. *Arrêt du 12 Juin 1891 dans la cause Conseil fédéral suisse contre Fribourg et Neuchâtel.*

Le nommé Jean Bongni, ouvrier de campagne, bourgeois de Galmitz (Charmey) district du Lac, Fribourg, avait déjà séjourné, il y a plusieurs années, dans la commune de la Sagne (Neuchâtel), où il avait obtenu un permis de séjour sur le vu de son acte de bourgeoisie. En 1883, il se rendit en France, sans avoir réclamé cette pièce. Vers la fin de Juillet ou en Août 1887 Jean Bongni reparut à la Sagne, en compagnie d'une femme et d'un petit enfant ; il déposa en main de l'autorité l'acte de naissance de l'enfant, consistant en un extrait des registres de l'état civil de la commune de Marmeaux, département de l'Yonne (France), d'où il appert que l'enfant Adèle-Marie est née dans cette localité le 13 Décembre 1886 et a été inscrite comme fille légitime de Jean Bongni et de sa femme Marie-Adeline Jeannerot. En même temps que cette pièce, Bongni déposa l'acte de naissance de Marie-Adeline Jeannerot, consistant en un extrait des registres de la commune d'Indevillers (département du Doubs, France). Comme Bongni ne pouvait produire d'acte de mariage avec Marie-Adeline Jeannerot, il avoua, sur les représentations qui lui furent faites, et ainsi que cela résulte d'une lettre du préposé de police de la Sagne au département de

justice de Neuchâtel, du 13 Septembre 1887, qu'il n'était pas marié, mais qu'il régulariserait bientôt la situation.

Au lieu de donner suite à cette intention, Bongni et sa concubine quittèrent quelques jours après la Sagne, en y abandonnant leur enfant. Depuis ce moment ils n'ont plus donné de leurs nouvelles ; leur domicile est inconnu et cette enfant est restée à la Sagne.

Par lettres des 13 et 27 Septembre 1887, le préposé de police de la Sagne avise le département de ce qui précède, en ajoutant que le domicile de Bongni est inconnu, et que la personne chez qui l'enfant était restée avait l'intention de reconduire celle-ci à sa mère, dont on croyait connaître le domicile.

Toutes les recherches à cet égard étant demeurées sans résultat, le Conseil municipal de la Sagne, dans un rapport circonstancié, daté du 24 Novembre 1887 et adressé au Département de police de Neuchâtel, expose les faits de l'affaire, en vue de provoquer les mesures propres à assurer l'entretien de l'enfant abandonné à la charité publique.

Par office du 17 Mars 1888, le Département de police de Neuchâtel demande à l'Etat de Fribourg s'il est disposé à reconnaître comme sa ressortissante l'enfant Bongni, fille de Jean Bongni, bourgeois de Galmitz.

Par office du 2 Avril suivant, la direction de la police centrale de Fribourg répond négativement, attendu que les parents Bongni-Jeannerot n'ont jamais été mariés, que l'enfant est dès lors illégitime et doit suivre la condition de sa mère, qui n'est en tout cas pas Fribourgeoise. Une situation analogue se présentait en outre relativement à un deuxième enfant, Jacob-Frédéric Bongni. Un frère de Jean Bongni, du nom de Frédéric, avait en effet, sous date du 2 Septembre 1886, fait inscrire au registre d'état civil d'Héricourt (Haute-Saône) la naissance d'un enfant mâle, Jacob-Frédéric, fils légitime du prédit Bongni et de sa femme Alvina-Marie Jeannerot. Cet enfant avait également été abandonné en France par ses parents, qui n'étaient pas non plus mariés.

Par note du 15 Février 1888, l'Ambassade de France en

Suisse avait demandé que cet enfant, tombé à la charge de l'assistance publique française, fût rapatrié en Suisse, attendu que son père est bourgeois de Galmitz, au canton de Fribourg, et que la famille de sa mère est originaire des Piquerez, district des Franches-Montagnes (Berne).

A cet effet, le Conseil fédéral s'adressa, par office du 18 du même mois, au canton de Fribourg, qui refusa de reconnaître l'enfant Jacob-Frédéric Bongni comme son ressortissant, attendu que ses parents n'ont jamais été mariés, et qu'il doit dès lors être attribué à sa mère Marie-Alvina Jeannerot (sœur de Marie-Adeline), ressortissante du canton de Berne.

Par office du 19 Mars suivant, le Conseil fédéral s'adressa dans le même but au Conseil exécutif du canton de Berne, lequel sous date du 14 Avril 1888, répond qu'il refuse également de reconnaître cet enfant, par le motif que la mère n'appartient à aucune commune bernoise.

Par office des 19/20 Avril 1888 le Département de police de Neuchâtel informe le Département fédéral de justice et police du refus des autorités fribourgeoises de reconnaître l'enfant Adèle-Marie Bongni, abandonnée par ses parents à la Sagne, et prie l'autorité fédérale de trancher la question de l'indigénat de la dite enfant, depuis six mois à la charge d'une pauvre famille de cette localité.

Par office du 6 Juin 1888 le Conseil fédéral invita l'Etat de Fribourg à procéder à une enquête sur la famille Bongni ; en même temps il demanda à la France de reconnaître les deux enfants Bongni comme ressortissants français, par le motif que leurs mères, les sœurs Jeannerot, sont originaires d'Indevillers, au département du Doubs.

Par déclaration du ministre de l'Intérieur du 21 Juin 1888, la France se refusa à reconnaître ces enfants, attendu que les sœurs Jeannerot sont d'origine suisse.

Par office du 5 Janvier 1889, le Conseil fédéral réclama de nouveau de la France la reconnaissance des enfants Bongni, en se fondant sur la preuve que les sœurs Jeannerot sont originaires d'Indevillers (Doubs).

Par note du 4 Février suivant, l'Ambassade de France déclara que le gouvernement français persiste dans son refus, attendu que la reconnaissance des dits enfants par leurs pères respectifs est valable en France, malgré la fausseté de l'allégation relative au mariage des parents; la note en question s'appuie, à cet égard, sur la jurisprudence française et sur des arrêts des Cours de Paris, 21 Novembre 1853, et de Metz, 18 Août 1855.

Par office du 21 Mai 1889, le Conseil d'Etat de Fribourg avisa le Conseil fédéral que l'assemblée communale de Galmitz, sous date du 11 dit, a déclaré à l'unanimité reconnaître les enfants Adèle-Marie et Jacob-Frédéric Bongni comme ses ressortissants; une copie de cette décision était jointe au dit office.

La difficulté paraissait ainsi terminée, lorsque, par office du 8 Juin 1889, le Conseil d'Etat de Fribourg avisa le Conseil fédéral qu'il s'est vérifié ensuite d'un nouvel examen de la question, que la reconnaissance des enfants Bongni par leur père n'a en réalité pas eu lieu; que ces enfants restent donc à leur mère pour le nom et la bourgeoisie et que, comme celle-ci est de nationalité française, le canton de Fribourg ne peut admettre les dits enfants au nombre de ses ressortissants. L'Etat de Fribourg pria dès lors le Conseil fédéral de lui retourner la décision de la commune de Galmitz, demande à laquelle il ne fut pas déféré.

Par nouvelle note du 29 Juillet 1889, le Conseil fédéral s'adressa de nouveau à la France, pour en obtenir la reconnaissance des deux enfants Bongni.

Par office du 26 Août 1889, le ministre de l'Intérieur de France déclara se refuser à cette demande, et en ce qui concerne plus particulièrement l'enfant Adèle-Marie, ne pouvoir admettre son rapatriement en France; à ses yeux, elle est la fille naturelle légalement reconnue de Jean Bongni, qui lui a transmis sa nationalité. L'enfant Jacob-Frédéric Bongni se trouve ainsi hors de question, et le Conseil fédéral s'est borné à trancher la difficulté relative à la naturalité d'Adèle-Marie Bongni.

Par office du 18 Décembre 1889, le Département de police de Neuchâtel avisa le Conseil fédéral que l'enfant Adèle-Marie étant tombée à la charge de l'assistance publique à la Sagne, il y a lieu de l'attribuer à la commune de Galmitz, d'où son père est ressortissant.

Après de nombreuses correspondances avec le gouvernement de Fribourg, le Conseil fédéral a, sous date du 17 Octobre 1890, arrêté ce qui suit, en application de la Loi fédérale sur le heimathlosat :

Le canton de Frikourg est tenu de procurer le droit de cité cantonal et un droit de bourgeoisie communal à Adèle-Marie Bongni, née le 13 Décembre 1886. Il est en outre tenu de tolérer cette enfant jusqu'à cette incorporation définitive. Le Département de police du canton de Neuchâtel est autorisé à faire conduire l'enfant à la Direction de police de Fribourg, et les autorités de ce dernier canton sont tenues d'en assurer la réception et de pourvoir à son entretien.

Par office du 14 Novembre 1890, et par conséquent dans le délai légal, le Conseil d'Etat de Fribourg déclara au Conseil fédéral ne pas accepter cette décision, et attendre une assignation devant le Tribunal fédéral dans le sens des dispositions de l'art. 27, dernier alinéa, de la Loi fédérale du 27 Juin 1874.

Par décision du 17 Novembre 1890, le Conseil fédéral a résolu d'ouvrir action, devant le Tribunal fédéral, en première ligne à l'Etat de Fribourg, et éventuellement, en seconde ligne, à l'Etat de Neuchâtel.

Par demande datée du 27 Novembre, et parvenue au greffe fédéral le 11 Décembre 1890, le Conseil fédéral conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral prononcer, en confirmation de l'arrêté fédéral du 17 Octobre précédent, que le canton de Fribourg est condamné, en vertu de la Loi fédérale du 3 Décembre 1850, à incorporer l'enfant Adèle-Marie Bongni, actuellement à la Sagne, canton de Neuchâtel, et, éventuellement, que le canton de Neuchâtel est tenu d'incorporer cette enfant.

L'Etat de Fribourg a conclu à libération de la demande

dirigée contre lui, et, pour autant que de besoin, à ce qu'il soit dit et prononcé que l'Etat de Neuchâtel doit se charger de la naturalisation de l'enfant Marie-Adèle Bongni.

L'Etat de Neuchâtel a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

1° Déclarer bien fondée la conclusion principale de la demande du Conseil fédéral ; condamner l'Etat de Fribourg à incorporer l'enfant Adèle-Marie Bongni, et affranchir l'Etat de Neuchâtel de toute obligation à cet égard.

2° Condamner l'Etat de Fribourg à restituer à l'Etat de Neuchâtel la part de ce dernier aux frais de pension de la petite Bongni, dès le 1er Décembre 1889, à raison de 8 francs par mois.

3° Le condamner à indemniser le canton de Neuchâtel des frais qu'il lui a occasionnés en se refusant à accepter la décision prise par le Conseil fédéral dans son arrêté du 17 Octobre 1890.

Dans sa réponse, l'Etat de Fribourg reprend sa conclusion libératoire, et conclut, en outre, à ce que le Tribunal fédéral n'entre pas en matière, pour cause d'incompétence, sur les demandes formulées sous Nos 2 et 3 ci-dessous, et en outre pour défaut de précision en ce qui concerne la conclusion N° 3.

Les moyens invoqués par les parties, dans leurs écritures, à l'appui de leurs conclusions respectives, seront résumés en tant que de besoin à l'occasion de la discussion juridique des diverses questions soulevées par le litige.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La première et principale question qui se pose dans l'espèce est celle de la naturalisation, soit de l'incorporation de l'enfant Adèle-Marie Bongni, et sa solution rentre dans les attributions du Tribunal de céans à teneur des art. 10 et suivants de la Loi fédérale du 30 Décembre 1850 sur l'heimathlosat, conférant au Tribunal fédéral la compétence de rechercher si un ou plusieurs des cantons auxquels le Conseil fédéral estime que le devoir de la naturalisation d'heimathloses incombe, doivent être obligés à procéder à cette incorpora-

tion. Dans l'espèce il s'agit uniquement de savoir si cette obligation, relativement à l'enfant Bongni, doit être imposée à l'Etat de Fribourg, ou à celui de Neuchâtel, ou éventuellement à tous les deux.

2° L'Etat de Fribourg a d'abord opposé aux fins de la demande une exception consistant à dire que l'identité de Jean Bongni, de Galmitz, avec l'individu de ce nom qui s'est reconnu le père de Marie-Adèle Bongni devant l'officier de l'état civil de Marmeaux n'est pas établie. Dans sa plaidoirie de ce jour, le représentant de l'Etat de Fribourg, tout en admettant cette identité comme possible, et même comme probable, a persisté à estimer qu'elle n'était pas démontrée à satisfaction de droit.

Il est vrai que l'extrait des registres contenant la dite reconnaissance ne mentionne pas que le sieur Jean Bongni, désigné comme terrassier, demeurant à Marmeaux, soit bourgeois de la commune de Galmitz (Fribourg). Cette omission n'est toutefois pas de nature à laisser subsister un doute quelconque sur l'identité contestée. Jean Bongni, bourgeois de Galmitz, avait en effet déjà été domicilié précédemment dans la commune de la Sagne, et y avait laissé son acte de bourgeoisie, lequel a été versé au dossier par les autorités neuchâteloises.

Or, il résulte du rapport du Conseil municipal de la Sagne du 24 Novembre 1887 que le même Jean Bongni, après avoir séjourné en France dans l'intervalle, est rentré à la Sagne dans le courant de la dite année, accompagné de Marie-Adeline Jeannerot, et de l'enfant Adèle-Marie Bongni, née le 13 Décembre 1886 à Marmeaux, qu'il y a déposé l'acte de naissance de cette enfant déclarant sa paternité. Il est dès lors incontestable que Jean Bongni qui avait déposé et laissé à la Sagne son acte d'origine de Galmitz, ne fait qu'un avec l'individu du même nom, qui s'est déclaré à Marmeaux le père de l'enfant Adèle-Marie Bongni. En outre, l'Etat de Fribourg, dans le rapport détaillé qu'il a adressé au Conseil fédéral sous date du 21 Février 1890, a reconnu lui-même que Jean Bongni, bourgeois de Galmitz, est bien la personne qui a fait

la fausse déclaration de légitimité de l'enfant Adèle-Marie, devant l'officier d'état civil de Marmeaux. C'est ainsi en vain que l'Etat de Fribourg voudrait contester cette identité aujourd'hui, après l'avoir reconnue, attendu que rien ne permet de supposer que cette constatation soit le résultat d'une erreur de sa part, et que l'identité en question résulte avec évidence des pièces du dossier.

3° Sur la question de savoir si l'enfant Adèle-Marie Bongni apparaît comme une heimathlose dans le sens de la Loi fédérale, art. 1er, il faut constater d'abord que toutes les parties au procès reconnaissent que la mère de cette enfant, Marie-Adeline Jeannerot, n'était pas mariée avec Bongni lors de la naissance d'Adèle-Marie, et il n'a pas été établi, ni même prétendu, que ses parents se soient unis depuis par les liens du mariage. Adèle-Marie Bongni doit donc être considérée, aussi longtemps que son père ne l'a pas légitimée dans les formes légales, comme un enfant naturel, lequel, conformément aux principes admis en Suisse en pareille matière, devait suivre la condition de sa mère en ce qui a trait à la naturalité et à l'origine.

Il est extrêmement probable que la mère Marie-Adeline Jeannerot est ressortissante française, et en tout cas sa naturalité suisse n'est aucunement établie.

En revanche toutes les circonstances constatées au procès concourent à démontrer que la mère Marie-Adeline Jeannerot, née en France le 30 Novembre 1863 et inscrite au registre des naissances de la commune d'Indevillers, comme née de père et de mère y domiciliés, est ressortissante française ; les autorités françaises ont d'ailleurs basé leur refus final d'incorporer l'enfant Bongni, non point sur le fait que sa mère n'est pas ressortissante française, mais sur la reconnaissance de l'enfant par le sieur Jean Bongni.

Le litige a donc pour objet l'incorporation d'un enfant qui n'est reconnu comme ressortissant ou ayant-droit d'origine par aucun canton suisse et par aucun Etat étranger, et par conséquent heimathlose aux termes de l'art. 1er précité de la loi de 1850.

4° A teneur de l'art. 11 de la même loi, chiffre 1, la descendance légitime ou illégitime de parents déjà naturalisés, répartis ou reconnus comme ressortissants ou tolérés dans un canton, doit faire en premier lieu règle pour le Tribunal fédéral dans les décisions à rendre sur la naturalisation.

Il ne peut dans l'espèce, par les considérations plus haut déduites, être fait application de l'art. 12 al. 2 de la même loi, autorisant l'attribution de l'enfant au canton d'origine de la mère, puisque celle-ci n'est pas ressortissante suisse. Comme il n'existe pas non plus de mariage légal entre les parents de l'enfant, l'alinéa 1er du même article, attribuant les enfants issus de pareils mariages au canton où le père avait un droit de cité, n'est pas davantage applicable.

En revanche, conformément à l'art. 11 chiffre 1, c'est dans le canton dont le père ou la mère de l'enfant naturel sont ressortissants, que celui-ci doit être incorporé. Il faut concéder, il est vrai, que la reconnaissance de l'enfant par le père devant l'officier d'état civil de Marmeaux ne peut être considérée comme la reconnaissance d'un enfant naturel dans le sens de la législation fribourgeoise, ayant pour conséquence de transmettre à l'enfant reconnu le nom et la bourgeoisie du père ; en effet les formalités exigées à cet effet par la loi fribourgeoise du 23 Juin 1871 sur les enfants naturels n'ont point été remplies en l'espèce. Ce n'est point le droit français qui est applicable à cet égard, mais le droit fribourgeois, comme droit d'origine du père. Toutefois la loi fédérale sur l'heimathlosat n'exige, à son art. 11, rien d'autre que le fait de descendance de l'enfant naturel, le fait de sa procréation, et nullement une reconnaissance faite dans une forme légale du Code civil. Dans les procès entre communes en matière de droit de bourgeoisie, le Tribunal fédéral a toujours admis qu'une reconnaissance simple et sans formalité de la part du père suffisait pour justifier l'attribution de l'enfant à la commune de ce dernier, aussi longtemps que la preuve de la fausseté de la déclaration n'était pas rapportée (voir arrêts du Tribunal fédéral en les causes commune de Wohlen contre commune d'Ermensee 10 Novembre 1877, *Rec.* III, page 835,

considérants 2 et 3 ; Soland 21 Mai 1878, *Rec.* IV, page 211, considérant 1er). Il est vrai que l'attribution, comme bourgeois, de l'enfant à une commune ou à un canton en vertu de ce principe n'est point décisive au point de vue de l'état civil de l'incorporé, et que ce dernier point constitue une question à part, et devant faire, le cas échéant, l'objet d'une action spéciale de la part des intéressés (voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause commune de Triengen contre commune de Wiesen, 17 Novembre 1882, *Rec.* VIII, page 853, considérant 3). Dans le litige actuel, il ne s'agit point de l'état civil de l'enfant Bongni, mais seulement de son incorporation à une bourgeoisie, et à cet égard, tout comme dans les procès entre communes relatifs au droit de bourgeoisie, il suffit de la simple reconnaissance faite par le père.

La reconnaissance de l'enfant Adèle-Marie Bongni, faite à Marmeaux par Jean Bongni, constitue dans ce sens, en faveur de cette enfant, une présomption de descendance suffisante pour justifier son attribution au canton de Fribourg comme sa ressortissante. L'Etat de Fribourg, loin de contester cette présomption, lui a donné une nouvelle force en reconnaissant, dans son office au Conseil fédéral du 23 Juin 1888, que les frères Bongni ont vécu en concubinage avec les sœurs Jeannerot.

En outre, l'incorporation de l'enfant Bongni au canton de Fribourg se justifie d'autant plus qu'aux termes de l'art. 12 chiffre 3 de la loi fédérale sur l'heimathlosat, édictant que les enfants d'heimathloses peuvent être adjugés pour la naturalisation au canton qui a reconnu leur père ou leur mère comme ressortissants ou comme tolérés, si ceux-ci n'ont de droit de cité dans aucun autre canton. Or, dans l'espèce, Jean Bongni est, de l'aveu de l'Etat de Fribourg, et ainsi qu'il en conste par l'acte d'origine produit au dossier, bourgeois de la commune de Galmitz, district fribourgeois du Lac.

5° A ces considérations s'ajoute la circonstance que la commune de Galmitz a, par décision formelle du 12 Mai 1889, reconnu l'enfant Adèle-Marie Bongni comme sa ressortissante, et que le Conseil d'Etat de Fribourg, dans son office du 21

dit, avisant le Conseil fédéral de cette reconnaissance, a déclaré que « la difficulté tombe en présence de la prédite décision. » L'Etat de Fribourg prétend, il est vrai, que cette reconnaissance par la commune de Galmitz a été le résultat d'une erreur. Il n'est toutefois pas même établi que cette commune ait retiré sa dite reconnaissance, par une décision formelle de ses autorités compétentes, et il n'y a pas lieu d'examiner plus outre la question de la prétendue erreur. Il suffit d'ailleurs que l'enfant Bongni doive, ainsi qu'il a été déduit plus haut, être attribué au canton de Fribourg.

6° C'est en vain que l'Etat de Fribourg cherche à rejeter sur l'Etat de Neuchâtel tout ou partie de l'obligation qui lui incombe, en prétendant que le cas présent d'heimathlosat est dû à la faute de ce dernier canton, en ce sens qu'il aurait toléré le concubinage de Jean Bongni et de Marie-Adeline Jeannerot, qu'il aurait autorisé leur séjour sur son territoire sans papiers de légitimation suffisants, et toléré également pendant 7 mois la présence de l'enfant à la Sagne, ce qui justifie l'adjudication de la dite enfant à Neuchâtel, en application de l'art. 11, chiffres 3 et 9, de la Loi fédérale de 1850.

Ces griefs sont dénués de fondement. En effet:

a) La circonstance que Jean Bongni a vécu à la Sagne avec sa concubine est sans importance aucune en la cause, puisqu'on ne saurait prétendre que ces relations aient eu pour effet la naissance de l'enfant Bongni, déjà née au moment de l'arrivée de ses parents dans le canton de Neuchâtel; le fait de la vie en commun de ces derniers à la Sagne pendant un court espace de temps n'a donc nullement contribué à faire surgir le présent cas d'heimathlosat.

b) L'autorité de police neuchâteloise avait reçu le dépôt de l'acte d'origine de Jean Bongni, de l'acte de naissance de Marie-Adeline Jeannerot, mère de l'enfant, et enfin l'acte de naissance de cette dernière, contenant la mention que la prédite Jeannerot était femme légitime de Bongni. Il est vrai que l'acte de mariage des parents de l'enfant n'avait pu être déposé, puisqu'ils n'étaient pas mariés, mais cette pièce fut

réclamée de Bongni par l'autorité susmentionnée, avec menace de ne plus être toléré s'il n'obéissait pas à cette injonction; c'est alors que Bongni quitta le canton. Déjà sous date du 13 Septembre 1887 la municipalité de la Sagne informait le Département de police que Marie-Adeline Jeannerot n'était pas mariée avec Jean Bongni, que la désignation sur l'acte de naissance de son enfant, d'épouse légitime du dit Bongni n'est pas exacte; que Bongni avait annoncé qu'il faisait des démarches pour contracter mariage avec la prénommée, et que, si le préposé de police n'a pas informé plus tôt le Département de cette situation, c'est qu'il comptait que Bongni, selon sa promesse, régulariserait sa position.

Dans ces circonstances, et vu le fait que Bongni n'a pas séjourné à la Sagne en 1887 plus de 6 semaines, il ne peut être fait grief à cette commune de sa tolérance, surtout alors que ce séjour de peu de durée n'a contribué en rien à provoquer le cas d'heimathlosat, objet du présent litige.

c) Il est en outre entièrement injustifié de tirer argument, contre l'Etat de Neuchâtel, de ce qu'il a gardé l'enfant sur son territoire; il est bien certain qu'étant donné le domicile inconnu de ses parents, il ne restait pas d'autre alternative aux autorités neuchâteloises que de pourvoir à son entretien jusqu'à droit connu, soit jusqu'à sa naturalisation.

Enfin le reproche formulé par l'Etat de Fribourg à l'adresse de celui de Neuchâtel de n'avoir pas fait les diligences nécessaires pour atteindre la mère de l'enfant et pour retrouver ses droits de bourgeoisie, est dénué en fait de tout fondement; d'ailleurs la découverte du lieu de séjour de la prédite Jeannerot ne pouvait exercer aucune influence sur l'incorporation de son enfant en Suisse, puisqu'il est établi qu'elle n'est point ressortissante d'un canton ou d'une commune suisse.

La conclusion de l'Etat de Fribourg tendant à imposer à l'Etat de Neuchâtel la naturalisation de Marie-Adèle Bongni, ne peut donc être accueillie, et il n'y a pas lieu davantage à charger l'Etat de Neuchâtel d'aucune prestation pécuniaire à cet égard.

7° Le Tribunal fédéral n'a pas à entrer en matière sur la conclusion de l'Etat de Neuchâtel, en restitution par l'Etat de Fribourg de sa part des frais de pension de l'enfant Bongni. D'une part la Loi fédérale sur l'heimathlosat ne prévoit pas une pareille réclamation, et d'autre part le litige actuel ne se démène point entre les deux Etats susvisés, mais entre la Confédération, comme demanderesse, et ces cantons, comme défendeurs.

Une semblable conclusion eût dû d'ailleurs être repoussée au fond, puisque l'obligation de restituer les dits frais n'a aucunement été établie à la charge de l'Etat de Fribourg.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'Etat de Fribourg est condamné à incorporer, en vertu de la Loi fédérale du 3 Décembre 1850, l'enfant Adèle-Marie Bongni, précédemment à la Sagne (Neuchâtel).

II. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

40. *Arrêt du 17 Avril 1891 dans la cause Compagnie des chemins de fer à voie étroite de Genève-Veyrier contre Juget.*

Par arrêt du 2 Mars 1891 la Cour de justice civile de Genève a confirmé le jugement rendu le 12 Décembre 1890 par le Tribunal de première instance de ce canton, condamnant la compagnie des chemins de fer à voie étroite Genève-

Veyrier à payer au sieur J.-P. Juget, avec intérêts de droit, la somme de 3000 francs à titre d'indemnité, ensuite d'accident.

C'est contre cet arrêt que les deux parties ont recouru au Tribunal fédéral, concluant :

a) Le sieur Juget, à ce que le dit arrêt soit réformé en ce qu'il a réduit à 3000 francs l'indemnité réclamée par le recourant, et à ce que la compagnie Genève-Veyrier soit condamnée à lui payer avec intérêts de droit et les dépens la somme de dix mille francs.

b) La compagnie Genève-Veyrier, à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral réformer l'arrêt du 2 Mars 1891 et statuant à nouveau :

Déclarer Juget déchu de tout droit à une indemnité. Le débouter en conséquence de toutes ses conclusions et le condamner aux dépens de première instance et d'appel. Le condamner, en outre, aux dépens devant le Tribunal fédéral.

Subsidiairement et au cas où le Tribunal fédéral estimerait qu'une part de responsabilité incombe à la recourante, réduire à 500 francs l'indemnité due par elle à Juget ; mettre les sept huitièmes des frais en première instance, en appel et au Tribunal fédéral à la charge de Juget.

Dans sa plaidoirie, le conseil du sieur Juget a déclaré ne pas insister particulièrement sur sa conclusion, et, en ne concluant pas à l'allocation d'une somme déterminée, il a laissé entendre que son client se contenterait du maintien pur et simple de l'arrêt attaqué.

Statuant en la cause et considérant :

En fait :

1° Le dimanche 1er Septembre 1889, entre 7 $^1/_2$ heures et 8 heures du soir, sur le territoire de Villette, un train de la compagnie de la voie étroite de Genève à Veyrier a renversé le sieur Jean-Pierre Juget, domestique de campagne, et lui a écrasé le pied gauche, de telle façon qu'une amputation immédiate a dû être opérée.

Une enquête pénale a été ouverte, mais elle a abouti à une ordonnance de non-lieu ; Juget s'est alors pourvu par la

voie civile, et a réclamé de la compagnie une somme de 10 000 francs à titre de dommages-intérêts, en se fondant sur ce que l'accident dont il a été la victime l'avait privé de plus de la moitié de sa capacité de travail.

La compagnie résiste à la demande, en attribuant l'accident à la faute de la victime, attendu que Juget était dans un état complet d'ivresse lors de l'accident, et qu'il a indûment pénétré sur le terrain de la compagnie, dont l'accès était interdit aux piétons.

Le Tribunal civil de première instance a déclaré, comme résultant de dépositions de témoins, que Juget, au moment de l'accident, se trouvait en état d'ébriété et chancelait sur la route, mais que la responsabilité de la compagnie ne se trouvait toutefois pas entièrement exclue, attendu qu'aucune clôture ne séparant la voie ferrée établie au même niveau que le trottoir qui longe la voie publique, Juget pouvait ignorer que le terrain sur lequel il a été atteint et relevé fût la propriété de la compagnie. En dehors de cette circonstance, le jugement constate que le long du trottoir se trouvaient des tas de terre, et qu'une borne faisait saillie sur le niveau du sol ; que Juget a dû se heurter, dans l'obscurité, à ces obstacles, ce qui a déterminé sa chute contre l'un des wagons ; cette chute, au dire d'un des témoins, a déterminé un choc et un bruit comparable à celui causé par quelqu'un qui aurait frappé contre le panneau d'une voiture. Dans ces circonstances, le Tribunal a estimé que la responsabilité de la compagnie défenderesse se trouvait limitée, et que l'indemnité, à laquelle le demandeur a droit aux termes de l'art. 2 de la loi du 1er Juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer, doit être réduite à la somme de 3000 francs et aux dépens de l'instance.

La compagnie a recouru contre ce jugement et Juget a formé un appel incident et repris devant la Cour de justice civile ses conclusions de première instance.

Par arrêt du 2 Mars 1891 la Cour de justice a confirmé le jugement du Tribunal civil et condamné la compagnie Genève-Veyrier aux dépens.

C'est contre cet arrêt que les deux parties ont recouru devant le Tribunal de céans, concluant comme il a été dit plus haut.

En droit :

2° L'accident dont Juget a été victime s'est incontestablement produit dans l'exploitation, par le fait de la rencontre d'un train en mouvement, et, aux termes de l'art. 2 de la Loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer, du 1er Juillet 1875, la compagnie est responsable du dommage causé par le dit accident, à moins qu'elle ne prouve que cet accident est dû, soit à une force majeure, soit à la faute de la victime elle-même.

Comme aucune force majeure n'existe et n'a été alléguée, en l'espèce, il y a lieu de rechercher seulement si l'accident doit être attribué à la faute du sieur Juget.

3° Afin de faire peser sur le demandeur la responsabilité entière de cet accident, la compagnie invoque en première ligne l'art. 4 de la loi précitée, disposant qu'il ne peut être réclamé d'indemnité en application de l'art. 2 *ibidem*, s'il est prouvé que la personne tuée ou blessée a violé sciemment des prescriptions de police, et cela lors même que l'accident serait le résultat d'une faute étrangère à cette personne. La compagnie estime qu'en circulant sur la voie publique, et en s'engageant sur le terrain privé de l'entreprise, Juget a commis une contravention à la loi sur la police des chemins de fer, du 18 Février 1878. A cet égard l'arrêt attaqué constate que la compagnie possède, en effet, sur le territoire de Villette, entre la voie ferrée et la route cantonale, une étroite bande de terrain, sur laquelle le sieur Juget fut trouvé étendu, la face contre terre, immédiatement après l'accident. Il résulte de cette constatation, ainsi que de la déposition de témoins, que Juget ne s'est point introduit volontairement sur le corps de la voie proprement dit, où se trouvent les rails, mais seulement sur la bande de terrain en question, depuis laquelle, après avoir bronché contre un obstacle, il est tombé dans la direction de la voie et a été butter de la tête contre un des véhicules composant le train en marche. Bien

que les détails de l'accident n'aient pu être tous reconstitués, il ressort avec certitude de ce qui précède que le sieur Juget ne s'est point approché spontanément du corps de la voie, mais ensuite d'une chute.

Dans ces circonstances, il ne se justifie point de prétendre que Juget a agi à l'encontre des prescriptions d'un règlement de police. L'écriteau, fixé près du lieu de l'accident, reproduit certaines dispositions de la Loi fédérale du 18 Février 1878 susvisée, en tant qu'elles sont applicables aux chemins de fer à voie étroite empruntant l'aire des routes, — et il se borne à interdire au public, « sous peine des amendes pré» vues par la loi, de *s'introduire* ou de *circuler* sur la voie à » pied, à cheval, en voiture ou avec du bétail ; et de *traverser* » la voie à l'approche d'un train ou d'ouvrir les barrières de » passages à niveau. »

Or, ainsi qu'il a été dit, Juget ne s'est point *introduit* sur la voie ; il ne se trouvait dès lors pas en contravention avec les prescriptions qui précèdent, et sa responsabilité ne saurait ainsi être déduite de la disposition de l'art. 4, plus haut reproduite, de la Loi fédérale de 1875 sur la matière dont l'application ne doit, aux termes de plusieurs arrêts du Tribunal de céans, être faite qu'en cas de violation intentionnelle et consciente de prescriptions de police (voir entre autres arrêts du Tribunal fédéral en les causes Centralbahngesellschaft contre dame Künzli, *Rec.* IX, page 185 ; Merz contre Seethalbahn, XIII, page 53, considérant 4).

4° La compagnie défenderesse allègue, comme deuxième élément de faute, et par conséquent de responsabilité, l'état d'ivresse dans lequel le demandeur s'est trouvé lors de l'accident.

L'arrêt de la Cour, dont les constatations de fait lient le Tribunal de céans aux termes de l'art. 30 de la Loi sur l'organisation judiciaire fédérale, constate que Juget a bu avec quelques personnes dans l'après-midi du jour de l'accident et que des témoins, qui l'ont vu immédiatement avant cet accident, ont remarqué qu'il avait l'allure chancelante d'un homme en état d'ivresse ; dans un autre passage, le même arrêt con-

sidère « l'ivresse de Juget » comme une des causes déterminantes du dit accident, comme un des facteurs ayant contribué à l'amener.

5° D'autre part, le même arrêt établit, en fait, que la bande de terrain dont il a été question plus haut, et appartenant à la compagnie, est, dans son plus long parcours, séparée de la voie publique par une haie vive, mais que cette haie cesse à l'endroit même où l'accident est arrivé ; qu'à cet endroit le terrain de la compagnie, dépourvu de toute clôture, se trouve au niveau du trottoir de la route cantonale, et qu'à ce même point et sur le bord même du trottoir il y avait, au moment de l'accident, un amas de terre et une borne saillante. La Cour admet de plus, en fait, comme résultant de l'enquête et des dépositions testimoniales, que Juget est venu se heurter contre les prédits obstacles, lesquels ne pouvaient être facilement aperçus dans l'obscurité; qu'affaibli par l'ivresse, il n'a pu résister à l'impulsion en avant que le choc lui avait imprimée, et qu'il a été poussé contre le train en marche qui l'a rejeté en arrière en lui laissant le pied gauche engagé sous les rails. C'est avec raison que, dans ces circonstances de fait, la Cour a admis l'existence d'une faute concurrente à la charge de la compagnie ; cette faute résulte de ce que la défenderesse avait laissé soit sur sa propriété longeant le trottoir, soit sur le bord du trottoir lui-même, un dépôt de terre et une borne saillante constituant, surtout dans l'obscurité et vu la proximité immédiate de la voie, un danger incontestable pour les passants, danger augmenté encore par l'absence de toute clôture entre la route publique et l'emprise du chemin de fer.

Bien qu'une semblable clôture ne soit pas exigée des compagnies de chemins de fer à voie étroite, eu égard aux circonstances et nécessités particulières de leur exploitation, il est évident que cette tolérance ne saurait les décharger de l'obligation d'indemniser les victimes d'accidents dus à un état de choses qu'elles ont provoqué, et dont elles bénéficient.

La défenderesse a d'ailleurs implicitement reconnu le dan-

ger inhérent à la présence des obstacles susmentionnés, en les faisant disparaître aussitôt après l'accident.

Il y a lieu, dans cette situation, d'admettre que cet accident eût pu atteindre toute autre personne, même de sang-froid, — et de reconnaître, avec les deux instances cantonales, que l'état d'ébriété dans lequel se trouvait Juget, ne peut être envisagé comme la cause unique du malheur qui l'a frappé, et que les éléments de faute constatés à la charge de la compagnie engagent sa responsabilité dans une mesure à déterminer.

6° En ce qui a trait à la quotité de l'indemnité à allouer à la victime de l'accident, en prenant en considération la concurrence de la faute, et le partage de la responsabilité qui doit en être la conséquence, — en faisant entrer en ligne de compte les divers facteurs de nature à exercer de l'influence sur la détermination de la dite indemnité, tels que l'âge du sieur Juget (56 ans), son gain annuel (environ 1000 francs) et la portion de capacité de travail dont l'accident l'a privé, laquelle peut être évaluée à la moitié, la somme de 3000 francs allouée au demandeur par les instances cantonales apparaît comme un équivalent suffisant du dommage souffert, et il se justifie de maintenir, aussi sur ce point, l'appréciation de la Cour de justice civile.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Les recours sont écartés, et l'arrêt rendu par la Cour de justice civile de Genève, le 2 Mars 1891, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

III. Fabrik- und Handelsmarken.
Marques de fabrique.

41. Urtheil vom 4. April 1891 in Sachen Schürch & Cie. gegen Schürch & Blohorn.

A. Durch Urtheil vom 12. Februar 1891 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

1. Die Verantworter sind berechtigt, für den Vertrieb ihrer Tabake die in Beweissatz 1 der Klage erwähnte Marke (Kranz, gebildet durch zwei gegen einander gewundene Laubzweige) zu verwenden.

2. Die im schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 90 vom 1. August 1888 zu Gunsten der Verantworter publizirte Eintragung dieser Marke beim eidgenössischen Markenamte in Bern braucht nicht getilgt und nicht widerrufen zu werden.

3. Die im Besitze der Verantworter befindlichen Kranzmarken sowie die allfällig vorhandenen zur Anfertigung dieser bestimmten Clichés sind nicht zu vernichten.

4. Die Klagepartei hat den Verantwortern die dieses Prozesses wegen ergangenen Kosten mit 30 Fr. Vortragsgebühr zu vergüten.

5. Die heutige Urtheilsgebühr, welche die Klagepartei zu zahlen hat, ist auf 30 Fr. festgesetzt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urtheils die Entscheidung der ersten Instanz wieder herzustellen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde wegen Inkompetenz des Gerichtes, eventuell aus materiellen Gründen an, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Sowohl die klägerische Firma Schürch & Cie. in Burgdorf als die beklagte Firma Schürch und Blohorn in Biberist bedienen sich für den Vertrieb von Tabakfabrikaten einer Marke, welche aus

einem durch zwei gegen einander gewundene Laubzweige gebildeten Kranze und der, in rechteckiger Umfassung darunter stehenden, Firmenbezeichnung besteht. In den Kranz wird bei der Verwendung der Marke im Verkehr jeweilen die Nummer der Tabake eingezeichnet. Nachdem die beklagte Firma ihr Zeichen am 17. Juli 1888 in das eidgenössische Markenregister in Bern hatte eintragen lassen, bewirkte auch die Klägerin am 23. August gleichen Jahres den Eintrag ihres Zeichens (unter Nr. 2394) und trat alsdann gegen die Beklagte vor den solothurnischen Gerichten mit einer Civilklage auf, deren Begehren aus Dispositiv 1—3 des angefochtenen Urtheils zu ersehen sind. Im Prozesse wurde festgestellt: Die klägerische Firma führt die Marke mit dem Kranze bereits seit 1849 oder doch seit 1850, während die Beklagte eine Benutzung dieses Zeichens durch ihren Rechtsvorgänger nur bis zu Anfang der 1860ger Jahre zurück nachgewiesen hat. Im Jahre 1886 hat die klägerische Firma ihren Kunden durch Cirkular mitgetheilt, daß sie auf ihren Tabakpacketen den „seit Jahrzehnten geführten Kranz" durch eine neue von ihr damals „deponirte Fabrikmarke" ersetzt habe. Die vielfache Nachbildung des erwähnten Kranzes veranlaße sie zu dieser Neuerung. Sie hat indeß immerhin seither die Benützung des Kranzzeichens nicht völlig aufgegeben, sondern dasselbe auf besonderes Begehren von Kunden, welche es zu haben wünschten, noch auf ihren Tabakpacketen angebracht. Die Beklagte hat der Klage entgegengestellt: Das streitige Zeichen sei keine eigentliche schutzfähige Marke; dasselbe sei Gemeingut verschiedener mittelschweizerischer Fabrikanten. Jedenfalls sei es nicht Eigenthum der Klägerin. Denn schon am 21. Dezember 1881 habe der Tabakfabrikant Christian König in der Salzwaid bei Gümminen, Kantons Bern, das gleiche Kranzzeichen für sich eintragen lassen; dieser habe dasselbe von seinem Vorgänger Johann Schädelin erworben, welcher es mehr als 60 Jahre lang gebraucht und benutzt habe. Christian König habe der Beklagten den Gebrauch des Zeichens ausdrücklich gestattet. Ueberdem habe die Klägerin durch das Cirkular von 1886 auf das Kranzzeichen ausdrücklich verzichtet. Der als Zeuge einvernommene Christian König hat unter anderm ausgesagt, gegen den Eintrag seines Zeichens haben Schürch & Cie. keine Einwendung erhoben und hätten dies auch nicht thun

können, da seine Etiquette älter sei als diejenige von Schürch & Cie. Seine Etiquette weiche zudem von derjenigen von Schürch & Cie. bedeutend ab, was auf den ersten Blick ersichtlich sei. Sein Sohn habe der Beklagten die Benutzung ihrer, der seinigen etwas ähnlichen, Etiquette mündlich gestattet. Er habe die von ihm am 21. Dezember 1881 deponirte Etiquette von seinem Vorfahren Johann Schädelin erworben; ob derselbe diese Etiquette gegen 50 Jahre lang gebraucht habe, könne er nicht mit Bestimmtheit sagen. Die erste Instanz hat die Klage gutgeheißen; die zweite Instanz dagegen hat sie durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung: Es stehe fest, daß nicht die klägerische Firma, sondern Christian König das streitige Zeichen zuerst habe eintragen lassen. Nach Art. 5 des Markenschutzgesetzes hätte daher die Klägerin dem Christian König als erstem Hinterleger gegenüber, den Beweis leisten müssen, daß sie, trotz der diesem zur Seite stehenden Priorität des Eintrages, der wahre Berechtigte d. h. der erste Aneigner des streitigen Zeichens sei. Gegenüber König als einer dritten, am Prozesse unbetheiligten Person, habe sie aber einen solchen Beweis in diesem Prozesse nicht erbringen können. Dem gegenüber falle außer Betracht, einerseits daß die Klägerin dargethan habe, daß ihr Gebrauch älter sei als derjenige der Beklagten, andrerseits, daß wirklich durch den Zeugen König bewiesen sei, daß die von seinem Rechtsvorfahren Schädelin ihm im Jahre 1881 abgetretene Kranzmarke älter sei als die der Kläger und wahrscheinlich von Schädelin bereits gegen 50 Jahre verwendet worden sei.

2. Der Anwalt der Beklagten hat die Kompetenz des Bundesgerichtes deßhalb bestritten, weil der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben sei. Diese Einwendung ist indeß unbegründet. Denn die Klägerin hat in ihrer Klage ausdrücklich erklärt, der Streitwerth übersteige 3000 Fr., die Beklagte hat diese Angabe vor den kantonalen Gerichten nicht bestritten und es liegt auch in der That nichts dafür vor, daß der Streitwerth den gesetzlichen Betrag von 3000 Fr. nicht erreiche. Im Streite liegt nicht ein Schadenersatzanspruch, sondern das Recht auf den Gebrauch des streitigen Zeichens; dessen Werth aber ist ein unbestimmter, einer Abschätzung in Geld nur approximativ fähiger.

3. In der Sache selbst hat die Beklagte die Behauptung, es handle sich überhaupt nicht um ein (seiner Zusammensetzung nach) schutzfähiges Waarenzeichen, heute, und zwar offenbar mit Recht, nicht festgehalten. Es kann auch nicht etwa gesagt werden, daß das von beiden Parteien im Verkehr verwendete Zeichen, zufolge der Einzeichnung der Nummer der Tabake in den Laubkranz, ein anderes sei, als das eingetragene Zeichen und daher, weil nicht eingetragen, des gesetzlichen Schutzes entbehre. Die Einzeichnung der Nummer der Tabake ändert das Waarenzeichen nicht; sie enthält einfach eine die Beschaffenheit der Waare betreffende Angabe, wie solche auf der Verpackung, neben dem die Herkunft konstatirenden Waarenzeichen, häufig angebracht werden und selbstverständlich, unerachtet des Schutzes des letztern, von jedem Fabrikanten angebracht werden können.

4. Das streitige Zeichen ist ein altes, d. h. schon vor dem 1. Oktober 1879 benutztes schweizerisches Waarenzeichen. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 19. März 1886 in Sachen Schärer & Cie. gegen Fritschi & Woodtli (Amtliche Sammlung XII, S. 188 u. ff. Erw. 2) ausgeführt hat, begründet daher der Eintrag desselben die Vermuthung zu Gunsten des ersten Hinterlegers, wie sie in Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes niedergelegt ist, überall nicht; es hat vielmehr derjenige, welcher das Markenrecht an einem solchen Zeichen beansprucht, ohne Rücksicht auf das Datum der Hinterlegung, im Bestreitungsfalle nachzuweisen, daß ihm die Priorität im Gebrauche des Zeichens zustehe. Nun hat im vorliegenden Falle die klägerische Firma bewiesen, daß ihr Gebrauch älter ist als derjenige der Beklagten. Sie hat daher insoweit den ihr obliegenden Beweis erbracht. Und zwar müßte dies auch dann gelten, wenn hier die Präsumtion des Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes überhaupt anwendbar wäre und somit die Priorität der Hinterlegung in Betracht käme. Denn die Auslegung, welche die Vorinstanz dem Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes gibt, ist eine rechtsirrthümliche. Allerdings gilt nach Art. 5 Abs. 2 cit. der erste Hinterleger eines Waarenzeichens als der wahre Berechtigte, d. h. als erster Benutzer des Zeichens und wird daher allen denjenigen gegenüber, welche einen ältern Gebrauch nicht darzuthun

vermögen, geschützt. Allein die Hinterlegung begründet Rechte nur für den Hinterleger selbst, nicht aber für Dritte; die Rechtsvermuthung des Art. 5 Abs. 2 cit. steht also nur demjenigen zur Seite, welcher die Hinterlegung, aus welcher sie abgeleitet wird, bewirkt hat, nicht aber Dritten. Danach kann denn die beklagte Firma, nachdem die Klägerin die der Beklagten kraft ihres Eintrages zur Seite stehende Rechtsvermuthung durch den Nachweis ältern Gebrauchs des Zeichens widerlegt hat, keinenfalls einfach darauf abstellen, daß ein gleicher Nachweis nicht auch gegenüber dem Dritten Christian König geleistet sei. Denn das Zeichenrecht des König ist, wie keiner weitern Ausführung bedarf, jedenfalls nicht auf die Beklagte übergegangen. Die Beklagte kann also die dem König zur Seite stehende Rechtsvermuthung nicht für sich geltend machen. Sie könnte vielmehr (von der Einwendung des Verzichtes abgesehen) den Anspruch der Klägerin nur dadurch zurückweisen, daß sie ihrerseits den Nachweis erbringt, der Gebrauch der Klägerin sei, wenn auch älter als der ihrige, doch nicht ein berechtigter, sondern es sei auch die klägerische Marke lediglich die Nachahmung eines älterberechtigten Zeichens. Dieser Nachweis stände der Beklagten allerdings offen, denn damit würde nicht eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten geltend gemacht, sondern vielmehr dargethan, daß das von der Klägerin beanspruchte Markenrecht dieser nicht zustehe, dieselbe nicht der wahre Berechtigte sei. Allein die Beweislast hiefür träfe die Beklagte, denn durch den Beweis ihres ältern Gebrauchs hat die Klägerin ihrer Hauptbeweispflicht genüge geleistet; dieser ältere Gebrauch muß in so lange als ein berechtigter gelten, als nicht die Beklagte Thatsachen darlegt, aus welchen sich das Gegentheil ergibt und es darf der Klägerin nicht zugemuthet werden, ihrerseits zu beweisen, daß die Berechtigung ihres Gebrauchs nicht durch das entgegenstehende Recht eines Dritten ausgeschlossen werde. Den Nachweis nun, daß auch das klägerische Zeichen blos die Nachahmung eines älterberechtigten Zeichens sei, hat die Beklagte nicht erbracht. Die Vorinstanz hat denselben rechtsirrthümlicherweise für unerheblich gehalten und sich daher darüber, ob er geleistet sei, nicht mit Bestimmtheit ausgesprochen; die beiläufige Bemerkung am Schlusse der Entscheidungsgründe enthält eine verbindliche richterliche Feststellung des Be-

weisergebnisses nicht. Bei freier eigener Prüfung der Beweisergebnisse aber könnte der gedachte Beweis durch die unbestimmten Aussagen der Zeugen König nicht als erbracht erachtet werden.

5. Ist demnach die Begründung des vorinstanzlichen Urtheils eine rechtsirrthümliche, so muß indeß nichts destoweniger die Entscheidung der Vorinstanz, wenn auch aus andern Gründen, aufrecht erhalten werden. Es erscheint nämlich die Einwendung des Verzichtes als begründet. Das eidgenössische Markenschutzgesetz enthält besondere Bestimmungen über den Verzicht auf das Markenrecht nicht. Demnach muß angenommen werden, es genüge jede ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, aus welcher der Verzichtswille, der Wille des Berechtigten, auf sein ausschließliches Recht an der Marke zu verzichten und den Gebrauch des Zeichens freizugeben, sich unzweideutig ergibt. Insbesondere muß dies für nicht eingetragene Marken gelten, bei welchen eine Erklärung zum Zeichenregister (ein Antrag auf Löschung) nicht möglich ist. Nun hat im vorliegenden Falle die klägerische Firma durch das von ihr im Jahre 1886 an ihre Geschäftsfreunde erlassene Cirkular ausdrücklich erklärt, sie habe ihr streitiges (damals nicht eingetragenes) Zeichen wegen der Häufigkeit der Nachahmungen durch eine andere deponirte Fabrikmarke ersetzt. Hierin muß doch die unzweideutige, in der handelsüblichen Form des Cirkulars zur öffentlichen Kenntniß gebrachte und daher an das Publikum gerichtete Erklärung gefunden werden, daß die Klägerin auf jedes ausschließliche Recht an dem Zeichen verzichte und dessen Benutzung dem Publikum freigebe. Angesichts dieser Erklärung der Klägerin konnte denn das frühere Markenrecht weder durch die spätere Hinterlegung der Marke noch durch vereinzelten Gebrauch des Zeichens wieder aufleben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen uud es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 12. Februar 1891 sein Bewenden.

42. Urtheil vom 27. Juni 1891 in Sachen Guyer gegen Imhof-Blumer & Cie.

A. Durch Urtheil vom 3. April 1891 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, die Eintragung seiner Handelsmarke Nr. 3273 im Handelsamtsblatte und Markenregister dahin abzuändern, daß festgestellt ist, daß diese Marke für rohe, gebleichte und gefärbte Baumwollgarne und rohe, gebleichte und buntgewobene Baumwolltücher nicht verwendet werden darf.

2. Die Staatsgebühr wird festgesetzt auf 250 Fr. Die übrigen Kosten betragen 12 Fr. 60 Cts. Schreibgebühr, 1 Fr. 80 Cts. Citationsgebühr, 3 Fr. 80 Cts. Stempel und 60. Cts. Porto.

3. Die Kosten sind dem Beklagten auferlegt.

4. Derselbe hat der Klägerschaft eine Prozeßentschädigung von 100 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die Klage abzuweisen, eventuell sei die Sache zur Aktenvervollständigung im Sinne der von ihm gestellten Beweisanträge an die Vorinstanz zurückzuweisen, ganz speziell seien die Personen, welche die Dokumente Akt. 12—33 aufgestellt haben, darüber einzuvernehmen, daß die Orientalen speziell die Malajen, Marken der in Rede stehenden Art sehr wohl von einander zu unterscheiden wissen, eventuell sei hierüber ein Gutachten der Handelskammer von Singapore einzuholen, ferner sei eventuell darüber Beweis zu erheben, daß die beklagte Marke seit 8 Jahren in Hinterindien und China starke kaufmännische Verbreitung gefunden habe und daß dort vielfach das gleiche Thier in verschiedenen Stellungen und Formen als Marke verschiedener Häuser benutzt werde, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In seiner schriftlichen Rekursanmeldung hatte der Anwalt des Beklagten Aktenvervollständigung auch in der Richtung beantragt, daß die gleiche Thierfigur wie auf der beklagten Marke auch auf dem be-

klagtischen Hause in Anschluß an das Wappen in Stein gehauen angebracht sei.

Der Anwalt der Klägerin trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent. Denn (was einzig etwa in Zweifel könnte gezogen werden), der gesetzliche Streitwerth ist gegeben. Im Streite liegt das Recht zum Gebrauch des beklagtischen Waarenzeichens. Der Werth dieses Rechts aber ist ein unbestimmter, einer Abschätzung in Geld nur approximativ fähiger, und es ist, zumal von keiner Partei das Gegentheil behauptet wird, anzunehmen, daß derselbe den Betrag von 3000 Fr. erreiche.

2. In der Sache selbst ist zu bemerken: Die klägerische Firma, Inhaberin einer mechanischen Baumwollspinnerei und Weberei hat im Jahre 1880 beim eidgenössischen Markenamte in Bern eine (unter Nr. 17 veröffentlichte) Marke für „rohe, gebleichte und gefärbte Baumwollgarne und rohe gebleichte und buntgewobene Baumwolltücher" eintragen lassen. Dieselbe zeigt einen Seeadler im Profil, welcher mit erhobenen ausgebreiteten Flügeln, den Kopf in die Weite gestreckt, auf einem aus dem Meere ragenden Felsen steht oder schreitet. Am Felsen befindet sich auf schmalem weißem Bande die Inschrift Trade-Mark und in der Ferne ist ein Segelschiff sichtbar. Die klägerische Firma beschrieb diese Marke bei ihrer Anmeldung als „Seeadler" in verschiedener Größe und auf verschiedenem Papier und bemerkte, daß die Marke mit oder ohne beigedruckte Firma verwendet werde. Am 22. Dezember 1890 meldete der Beklagte beim eidgenössischen Amte für geistiges Eigenthum die heute streitige (unter Nr. 3273 veröffentlichte) Handelsmarke für „Manufakturenwaaren" an. Diese Marke besteht aus einem Schilde, welcher das Bild eines Ankers sammt Tau enthält, einem über dem Schilde befindlichen breiten gewundenen Bande mit der Firma des Beklagten und einem, auf diesem Bande sitzenden adlerartigen Vogel in Vorderansicht doch mit etwas nach vorn seitwärts gestrecktem Kopfe und mit nach unten seitwärts ausgebreiteten Flügeln. Um den Hals trägt dieser Vogel

ein Band mit dem eidgenössischen Wappen. Der Schild mit dem Anker ist erheblich größer als der darüber befindliche Vogel; auf der Zeichnung des Ankers findet sich (als Ergänzung der Firmenbezeichnung) die Inschrift Zürich. Das ganze ist durch mehrere gerade einen glatten Rahmen darstellende Linien eingefaßt; unten an den Ecken sind kleine Tafeln angebracht mit der abgekürzten Bezeichnung für Nummer und Yards und der Notiz „registered". Beide Marken werden in der Form von Etiquetten verwendet, die auf die Waare selbst und deren Umhüllung geklebt werden. Die klägerische Firma verlangte, es sei der Beklagte zu verpflichten, seine erwähnte Marke, weil sie ihrem älterberechtigten Zeichen täuschend ähnlich sei, löschen zu lassen. Die Vorinstanz hat dieses Begehren durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil insoweit gutgeheißen, als sie dem Beklagten die Führung seines Zeichens für diejenigen Waaren, für welche das klägerische Zeichen eingetragen ist, untersagt hat. Sie führt im Wesentlichen aus: Für die Frage der täuschenden Aehnlichkeit der beiden Marken sei der Eindruck maßgebend welchen jede derselben, als Ganzes betrachtet, im Gedächtniß hinterlasse; als Maßstab der Beurtheilung sei das Unterscheidungsvermögen und dasjenige Maß der Aufmerksamkeit zu Grunde zu legen, welches die Abnehmer der verkauften Waare regelmäßig zu haben pflegen. Beide Parteien senden nun ihre Waaren nach Hinterindien und machen sich dort Konkurrenz. Nach ihrer Darstellung müsse angenommen werden, daß die Eingeborenen der dortigen Länder ihre schließlichen Abnehmer seien, wenn auch der Verkehr mit denselben ganz oder theilweise durch Zwischenhändler vermittelt werden möge. Entscheidend sei daher die Auffassung, welche die beiden Marken bei den Eingeborenen Hinterindiens muthmaßlich finden; denn der Konsum werde in der Regel auch die Nachfrage der Zwischenhändler bestimmen. Der einheimischen Bevölkerung Hinterindiens werde nun ein gewisses Unterscheidungsvermögen und eine gewisse Aufmerksamkeit mit Bezug auf Handelsmarken, trotz ihrer niedrigen Kulturstufe, allerdings zugestanden werden müssen; allein daß diese Eigenschaften und Fähigkeiten besonders ausgebildet seien, könne nicht ohne weiters angenommen werden und ein Beweis hiefür liege nicht vor. Die einheimischen Zwischenhändler allerdings mögen eine

gewisse Routine auf diesem Gebiete besitzen, welche aber der großen Masse der Bevölkerung abgehe. Bei dieser, den Konsumenten, werde gegentheils anzunehmen sein, daß sie nur in gewissen zeitlichen Zwischenräumen, welche sich bei Mißernten u. dgl. unter Umständen lange ausdehnen können, Stoffe von der Art der hier in Betracht kommenden kaufen werde, so daß ihr voraussichtlich nur eine ziemlich vage Erinnerung an die klägerische Marke im Gedächtniß bleibe, zumal in jenen Gegenden vermuthlich noch eine Reihe anderweitiger Handelsmarken verbreitet sein werden. Das Markenzeichen des Klägers stelle sich nun klar und deutlich als das Bild eines Adlers dar und lebe sich daher, auch bei einer nur wenig kultivirten Bevölkerung, leicht in die Vorstellung ein, und wenn dasselbe, wie im vorliegenden Falle, viele Jahre lang auf den nämlichen oder ähnlichen Waaren erscheine, möge es mit einer gewissen Sicherheit, immerhin in etwas unbestimmter Gestalt, wohl als allgemeine Erinnerung an einen Vogel, im Gedächtniß zurückbleiben. Der Beklagte gebe auch zu, daß die klägerische Marke unter den Eingeborenen jener Länder als „Vogeletiquette" bekannt sei und in diesem Sinne lauten ferner die von ihm vorgelegten Zeugnisse. Nun erscheine auf der Marke des Beklagten ebenfalls ein adlerartiger Vogel von einer gewissen Aehnlichkeit mit demjenigen im Markenbild der Klägerin. Freilich seien demselben noch weitere Hauptbestandtheile, namentlich der Schild mit dem Anker, beigefügt, so daß es sich frage, ob diese genügen, um eine Verwechslung zu verhindern. Dies wäre bei einer mehr oder weniger gebildeten europäischen Kundsame wohl zu bejahen. Anders verhalte es sich dagegen nach dem Urtheile des Gerichtes bei einer Bevölkerung, die auf wesentlich niedrigerer Kultur- und Geistesstufe stehe und für welche die Gelegenheit zur Auffrischung der Erinnerung an die klägerische Handelsmarke sich wahrscheinlich nur verhältnißmäßig selten biete. Der Anblick des auf der beklagtischen Marke an hervorragender Stelle befindlichen großen Adlers mit den ausgebreiteten Flügeln werde bei einem großen Theile des kaufenden Publikums jener Länder genügen, um die Erinnerung an die klägerische „Vogeletiquette" wachzurufen: Diejenige Kraft des Unterscheidungsvermögens und des Gedächtnisses, welche erforderlich wäre, um sich des Unterschiedes der beiden Marken

bewußt zu werden, werde dagegen bei einem großen Theil der Kundsame voraussichtlich fehlen und damit sei allerdings, wenigstens für die wahrscheinlich die Regel bildenden Fälle, wo nicht beide Marken nebeneinander zu sehen seien, die Möglichkeit, ja eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Verwechslung derselben vorhanden. Bei andern Kunden, welche den Unterschied herauszufinden im Stande seien, möge die nämliche Verwechslung gestützt auf die Annahme Platz greifen, daß die bei der beklagtischen Marke weiter hinzugefügten Merkmale lediglich eine Spezialität der unter der klägerischen hier vermeintlich widerkehrenden Marke ausgebotenen Fabrikate anzeige. Der Beklagte habe nun allerdings eine Reihe von Zeugnissen dafür vorgewiesen, daß die Eingeborenen Hinterindiens den Unterschied zwischen seiner angefochtenen Marke und derjenigen der Klägerschaft vollkommen kennen und jene allgemein als „Ankeretiquette" (chop san) bezeichnen, während diejenige der Klägerin von ihnen „Vogeletiquette" (chop burong) genannt werde. Diese Zeugnisse gehen aber alle von Großkaufleuten aus, welche zur Zeit ihrer bezüglichen Wahrnehmungen in Singapore oder Penang, also in Seestädten, niedergelassen waren. In diesen könne indeß ein ungleich regerer Verkehr als auf dem offenen Lande vorausgesetzt werden, welcher natürlich geeignet sei, die Unterschiede der beiden Marken zur Geltung zu bringen, was aber alles nicht beweise, daß die Unterscheidung auch ins weit ausgedehnte Innere des Landes gedrungen sei. Der Umstand ferner, daß bisher Kollisionen zwischen den beiden Marken nicht vorgekommen seien, erkläre sich vollkommen aus der Thatsache, daß der Beklagte wenigstens bis dahin unter der angefochtenen Marke lediglich gefärbte Baumwollstoffe in den Handel gebracht habe, ein Artikel, den die Klägerschaft nicht führe, welcher sich aber von buntgewobenen Stoffen, welche die letztere unter ihrer Marke verkaufe, leicht unterscheiden lasse.

3. Fragt sich, ob diese Entscheidung auf einem Rechtsirrthume beruhe, so ist dies zu verneinen. Den Grundsätzen, von welchen die Vorinstanz ausgeht, ist vielmehr durchaus beizutreten. Es ist, wie das Bundesgericht bereits in einer Reihe von Entscheidungen ausgeführt hat, richtig, daß für die Frage der täuschenden Aehnlichkeit zweier Marken auf das Gesammtbild abzustellen ist, welches diese

in der Erinnerung der Abnehmer des Produktes zurückzulassen geeignet sind. Das Gesetz (Art. 6 des Markenschutzgesetzes von 1879) fordert, daß neue Zeichen sich von älterberechtigten derart unterscheiden, daß sie geeignet sind, im Gedächtniß der Abnehmer des Produktes ein wesentlich verschiedenes Bild zurückzulassen, so daß eine Verwechslung durch Abnehmer, welche in Erinnerung an das älterberechtigte Zeichen ihre Waare aussuchen, nicht leicht möglich ist. Es ist demgemäß auch richtig, daß es auf die Auffassungskraft und regelmäßige Aufmerksamkeit desjenigen Publikums ankommt, für welches die Waare bestimmt ist, nicht dagegen darauf, ob ein fachkundiger Beobachter die beiden Waarenzeichen leicht unterscheidet, oder ob in andern scharfsichtigeren Verkehrskreisen eine Täuschung nicht leicht vorkommen könnte. Der Maßstab der Beurtheilung muß ein verschiedener sein, je nachdem es sich um Zeichen für Waaren handelt, deren Absatz sich, wie etwa derjenige gewisser Maschinen auf einen sach- und geschäftskundigen Abnehmerkreis beschränkt, oder aber für Waaren, die von der Masse der Bevölkerung, dem großen Publikum, gekauft werden, je nachdem es sich um Waarenzeichen für inländischen oder europäischen Vertrieb oder für den Export nach Ländern anderer Kulturkreise, mit andern Verkehrsgewohnheiten und völlig anderer Kulturstufe der Käufer, handelt. Nur soviel ist natürlich festzuhalten, daß bei Prüfung der Frage der täuschenden Aehnlichkeit stets Käufer vorausgesetzt werden, welche auf das Waarenzeichen überhaupt Gewicht legen, während Abnehmer, die um die Marken sich überall nicht kümmern, selbstverständlich außer Betracht fallen. Diese Grundsätze ergeben sich aus dem Zwecke des Gesetzes; eine, häufige Täuschungen der Abnehmer ausschließende, Verschiedenheit der Waarenzeichen wird nur dann erreicht, wenn auf die Eigenart des Verkehrs, für welchen die einzelnen Zeichen bestimmt sind, Rücksicht genommen wird (vergleiche hierüber: Kohler, Recht des Markenschutzes S. 283 u. ff.) Es ist demnach der Vorinstanz darin beizutreten, daß es in casu darauf ankommt, ob die beiden Waarenzeichen sich derart von einander unterscheiden, daß sie von den Eingeborenen Hinterindiens, und zwar wie die Vorinstanz richtig bemerkt, nicht nur von den europäischen oder einheimischen Zwischenhändlern der Seeplätze, sondern auch von den letzten Ab-

nehmern der Waare, den Konsumenten im Innern des Landes, nicht leicht verwechselt werden können. Hievon ausgegangen kann in der vorinstanzlichen Entscheidung ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß nicht gefunden werden. Es ist zwar zuzugeben, daß die beiden Zeichen, wenn sie neben einander gehalten werden, sich auf den ersten Blick unverkennbar unterscheiden und daß eine Verwechslung derselben durch europäische Abnehmer nicht leicht vorkommen dürfte. Allein wenn nun die Vorinstanz annimmt, daß nicht das gleiche für die Eingeborenen Hinterindiens gelte, daß für diese vielmehr als wesentliches charakteristisches und dem Gedächtniß sich einprägendes Merkmal beider Marken nur der große adlerartige Vogel in Betracht komme und daß deßhalb die beiden Marken von dem, nur in längern Zwischenräumen kaufenden Abnehmer leicht verwechselt werden können, so beruht diese mehr thatsächliche Entscheidung nicht auf einem Rechtsirrthum; es ist derselben vielmehr um so mehr beizutreten, als sie von einem Handelsgericht ausgeht, welchem als solchem präsumtiv eine erhöhte Kenntniß der Verkehrsverhältnisse zukommt. Es ist denn auch ohne weiters klar, daß für die Eingeborenen Hinterindiens die wörtlichen Beifügungen der beklagten Marke (die Firmabezeichnung) jeder unterscheidenden Kraft entbehren, da sie für dieselben unverständlich sind und daher als Unterscheidungsmerkmal für sie nur die Verschiedenheit der figurativen Bestandtheile der beiden Zeichen in Betracht kommen kann. Wenn nun auch diese eine nicht unerhebliche ist, so ist doch die Annahme der Vorinstanz, daß dieselbe für die Auffassung der hinterindischen Eingeborenen zurücktrete und der den beiden Zeichen gemeinsame, wenn auch auf beiden etwas verschieden gestaltete, adlerartige Vogel Verwechslungen der beklagtischen Marke mit der klägerischen Vogelmarke herbeizuführen geeignet sei, keine rechtsirrthümliche. Dieselbe ist vielmehr in rechtlich zulässiger Weise auf eine thatsächliche Annahme über die Gestaltung der Verkehrsverhältnisse in Hinterindien und die Auffassungskraft der dortigen Eingeborenen begründet. Es ist demnach die vorinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Die eventuellen Beweisanträge des Beklagten nämlich sind abzulehnen. Einen Zeugen- oder Sachverständigenbeweis dafür, daß die letzten Abnehmer der Waare in Hinterindien (nicht nur die Zwischen-

händler) die beiden Marken auch in der Erinnerung leicht zu unterscheiden im Stande seien, hatte der Beklagte vor der Vorinstanz, soweit ersichtlich, nicht beantragt und es stellt übrigens die Vorinstanz ausdrücklich das Gegentheil der gedachten Behauptung fest. Die Thatsache für sich allein sodann, daß in Indien verschiedene Häuser das nämliche Thier in verschiedenen Stellungen als Marke gebrauchen mögen, ist unerheblich, so lange nicht feststeht, daß diese Marken, wenn für die gleiche Waare gebraucht, von den Eingeborenen unterschieden werden. Was ferner die Dauer und den Umfang der frühern Verwendung der beklagtischen Marke betrifft, so ist dieselbe für die Frage des Markenrechts unerheblich, da unbestrittenermaßen das klägerische Zeichen das ältere ist und da übrigens bisher die beklagtische Marke ausschließlich für andere Waaren verwendet worden ist, als diejenigen, für welche das klägerische Zeichen eingetragen ist und verwendet wurde. Vollends unerheblich endlich ist offenbar die, auch vor der kantonalen Instanz nicht zum Beweise verstellte, Behauptung, daß der gleiche Vogel, wie auf der beklagtischen Marke, auch auf dem Hause „Gryffenstein" des Beklagten im Anschluß an das Wappen angebracht sei, so daß der Beklagte eine besondere Veranlassung gehabt habe, diesen Vogel in seiner Marke zu führen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 3. April 1891 sein Bewenden.

IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

43. Urtheil vom 17. April 1891 in Sachen Hauser, Sobotka & Cie. gegen Schaller.

A. Durch Urtheil vom 29. Oktober 1890 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Beklagter sei nicht gehalten, die ihm gemäß Fakturen vom 17. und 27. April 1889 in Romanshorn zur Verfügung gestellten 6 Waggons Cinquantin als empfangbare Waare anzuerkennen und dafür den Fakturabetrag von 9600 Fr. nebst Spesen der Lagerhausverwaltung und der chemischen Analyse zusammen 10,022 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu bezahlen, sondern seien die Kläger mit ihrer Klage des gänzlichen abgewiesen.

2. In erster Instanz tragen die Kläger sämmtliche Gerichtskosten und die Hälfte der beklagten Advokaturkosten; die weiteren daherigen Kosten seien gegenseitig wettgeschlagen. In zweiter Instanz tragen die Kläger die Kosten, soweit darüber nicht schon definitiv entschieden wurde, sammthaft mit der Beschränkung, daß die persönlichen Parteikosten auch hier gegenseitig wettgeschlagen seien. Kläger haben demnach an den Beklagten eine Kostenvergütung zu leisten von 170 Fr. 10 Cts.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Dr. Winkler 464 Fr. 75 Cts.

b. Beklagter an Herrn Fürsprech Dr. Bucher 350 Fr. 35 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht; gleichzeitig legte er beim Obergerichte des Kantons Luzern Kassationsbeschwerde wegen eines „Irrthums hinsichtlich entscheidender Thatsachen" ein. Das Bundesgericht beschloß am 16. Januar 1891, die Behandlung der Weiterziehung bis nach Erledigung der beim kantonalen Obergerichte anhängig gemachten Kassationsbeschwerde zu verschieben. Durch Urtheil vom 26. Januar 1891 hat das Obergericht die Kassationsbeschwerde verworfen, worauf die Weiterziehung gegen das obergerichtliche

Urtheil vom 29. Oktober 1890 auf heute zur bundesgerichtlichen Verhandlung vertagt wurde.

C. Im heutigen Termin kündigt der Vertreter des Beklagten vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache an, daß er die Kompetenz des Bundesgerichtes bestreiten werde. Das Gericht beschließt, es sei die Verhandlung über die Kompetenzfrage mit derjenigen über die Hauptsache zu verbinden. Der Vertreter der Klägerin beantragt hierauf, es wolle sich das Bundesgericht für kompetent erklären und, eventuell nach eingeholtem Ergänzungsgutachten über Erheblichkeit der Differenz zwischen Waare und Muster, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils erkennen: Es habe der Beklagte die ihm gemäß Fakturen, datirt den 17. und 27. April 1889 in Romanshorn zur Verfügung gestellten 6 Waggons Cinquantin als empfangbare Waare anzuerkennen und dafür den vollen Fakturabetrag von 9600 Fr. nebst 397 Fr. 25 Cts. Spesen der Lagerhausverwaltung Romanshorn und 25 Fr. für Analyse der Samenkontrolstation Zürich, zusammen 10,022 Fr. 25 Cts. nebst Zins à 5 % seit 19. Juli 1889 zu bezahlen in der Meinung, daß erst nach erfolgter Baarentrichtung dieser Summe an die Klägerin dem Beklagten gestattet sein soll, das in Romanshorn liegende Nettoprodukt des gerichtlichen Steigerungserlöses der streitigen Waare von 8125 Fr. 40 Cts. für eigene Rechnung zu beziehen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Dagegen beantragt der Vertreter des Beklagten: Das Bundesgericht wolle die gegnerische Beschwerde wegen Inkompetenz, eventuell als materiell unbegründet abweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäß Schlußbrief vom 13. November 1888 hat die klägerische Firma dem Beklagten (in Modifikation eines frühern Geschäftes) verkauft: 800 Säcke Cinquantin (Mais) „laut übergegebenem gesiegeltem Muster à 16 Fr. franko verzollt Romanshorn, exlusive Sack, lieferbar per Ende März und Anfangs April bei Schleppankunft. Werth 60 Tage. Laut Faktur vom 17. April 1889 wurden dem Beklagten 5 Waggons (500 Säcke) und laut Faktur vom 27. April 1 Waggon (100 Säcke) im Lagerhause

Romanshorn überwiesen. Gleichzeitig wurden ihm von der Lagerhausverwaltung Ausfallsmuster zugesandt. Am 22. April schrieb der Beklagte: „Die von Romanshorn erhaltenen Maismuster „entsprechen dem Verkaufsmuster nicht, sie sind zu wenig troken „und nehme ich sie deßhalb nicht an." Mit Schreiben vom 30. April beharrte er (unter gleichzeitiger Benachrichtigung der Lagerhausverwaltung von Romanshorn) auf der Beanstandung der Waare und erklärte, er stelle dieselbe zur Verfügung. Am 26. April hatte er durch den Gerichtspräsidenten von Luzern eine Expertise zum ewigen Gedächtniß über die Beschaffenheit der Ausfallsmuster im Vergleiche zum Verkaufsmuster veranstalten lassen. Die Experten sprechen sich dahin aus: Obwohl die Waare nicht ganz so trocken und hart sei wie das versiegelte Muster, so müsse sie nichtsdestoweniger als zeitgemäß trocken bezeichnet werden, indem dem Umstande Rechnung zu tragen sei, daß das kleine versiegelte Muster seit Anfang November vorigen Jahres in trockenen geheizten Räumlichkeiten aufbewahrt wurde. Die Großmuster weichen nur insofern vom Verkaufsmuster ab, als die Waare etwas unregelmäßiger im Korn sei, indem sie einen etwas größern Beisatz unvollkommener Körner aufweise, als das kleine Verkaufsmuster. Die klägerische Firma hat auch ihrerseits auf amtlichem Wege in Romanshorn eine Expertise veranstalten lassen; die Experten gelangen zu dem Schlusse, es seien sämmtliche sechs Wagen Cinquantin vollständig gesund und bezüglich Trockenheit als Neucinquantin als sehr gut zu bezeichnen. Ebenso erklärt eine von der klägerischen Firma beigebrachte Zuschrift der schweizerischen Samenkontrolstation in Zürich vom 10. Mai 1890, es könne der Trockenheitsgrad als ein zeitgemäßer natürlicher betrachtet werden. Am 23. Mai 1889 ließ die klägerische Firma die in Romanshorn lagernde Waare amtlich versteigern, wobei sich ein Nettoerlös von 8125 Fr. 40 Cts. ergab. Die klägerische Firma erhob nunmehr Klage auf Bezahlung des Fakturapreises der nach Romanshorn gelieferten Waare sammt Folgen, — in Betreff der noch nicht gelieferten Partie wurde die Bestellung in beidseitigem Einverständniß annullirt, — mit dem aus Fakt. C ersichtlichen Rechtsbegehren. Der Beklagte wendete ein, er sei zu Annahme der Waare nicht verpflichtet, weil dieselbe verspätet (auf

Ende statt Anfangs April) geliefert worden und nicht musterkonform sei. Die Klägerin bestritt diese Einwendungen, indem sie gleichzeitig geltend machte, die Mängelrüge sei, insbesondere nach den für das Geschäft maßgebenden Usanzen der Zürchergetreidebörse, verspätet und daher nicht mehr zu hören.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist vom Anwalte des Beklagten deßhalb bestritten worden, weil der gesetzliche Streitwerth mangle; im Streite liege nicht die gesammte Kaufpreisforderung sammt Folgen mit 10,022 Fr. 25 Cts. sondern dieser Betrag nach Abzug des Steigerungserlöses der Waare von 8125 Fr. 40 Cts., also eine Summe von blos 2896 Fr. 85 Cts. Diese Einwendung erscheint, nach Gestalt der Sache, als unbegründet. Bei Klagen auf Erfüllung gegenseitiger Verträge bemißt sich der Streitwerth nach der eingeklagten Leistung, ohne daß der Werth der dem Kläger obliegenden Gegenleistung in Abrechnung zu bringen wäre (vergleiche Entscheidung in Sachen Smreker gegen Glenk vom 16. April 1886 Erw. 1, Amtliche Sammlung XII, S. 368 u. f.). Nun ist es allerdings eigenthümlich, daß, nach dem stattgehabten Selbsthülfeverkaufe, die Klägerin nicht einfach den Steigerungserlös gegen den Kaufpreis aufgerechnet und blos die Differenz eingeklagt hat, sondern gegentheils den ganzen Kaufpreis einfordert, dagegen erklärt, der Beklagte sei gegen dessen Bezahlung zum Bezuge des (angeblich irgendwo deponirten) Steigerungserlöses befugt. Allein der Beklagte hat vor den kantonalen Instanzen gegen diese, wohl gerade mit Rücksicht auf die gesetzlichen Kompetenzbestimmungen gewählte, Gestaltung der klägerischen Rechtsbegehren eine Einwendung nicht erhoben, speziell nicht geltend gemacht, er bringe seinerseits eventuell den Steigerungserlös zur Verrechnung, so daß nur die Differenz zwischen Kaufpreis und Steigerungserlös im Streite liege. Bei diesem Sachverhalte muß es denn dabei sein Bewenden haben, daß der Streitwerth sich nach dem ganzen Betrage der eingeklagten Kaufpreisforderung bemißt.

3. In der Sache selbst ist zunächst zu bemerken, daß die von der klägerischen Firma angerufenen Usanzen der Zürcher-Getreidebörse auf den vorliegenden Fall überall keine Anwendung finden. Der Kauf ist nicht an der Zürcher-Börse oder zwischen Mit-

gliedern dieser Börsenvereinigung abgeschlossen und es ist bei dessen Abschluß auf die Zürcher-Börsenusanzen nicht ausdrücklich Bezug genommen werden; für die Annahme, daß stillschweigend gemäß diesen Usanzen gehandelt sei, dieselben stillschweigend als lex contractus seien vereinbart worden, mangelt es nach dem Thatbestande der Vorinstanzen an jedem thatsächlichen Anhaltspunkte.

4. Wenn der Beklagte zunächst eingewendet hat, er sei wegen verspäteter Lieferung zur Aufnahme der Waare nicht mehr verpflichtet gewesen, so ist diese Einwendung, wie die kantonalen Instanzen hinreichend dargethan haben, vollständig unbegründet. Ebenso ist aber auch die Behauptung der Klägerin nicht begründet, daß der Beklagte wegen verspäteter Dispositionsstellung zu Beanstandung der Waare nicht mehr befugt sei. Art. 246 O.-R. fordert zu Erhaltung der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln lediglich, daß die Mängelrüge rechtzeitig geschehe, nicht dagegen die Erklärung, die Waare werde zur Disposition gestellt. Hat der Käufer die Mängelrüge rechtzeitig gemacht, so ist das Präjudiz, daß die Waare als genehmigt gelte, abgewendet und bleibt es dem Käufer vorbehalten, späterhin Wandelung oder Minderung des Kaufpreises zu verlangen respektive zu erklären, er stelle die Waare zur Disposition. Die Mängelrüge nun ist in concreto iu dem Briefe des Beklagten vom 22. April 1889 in unzweideutigster Weise enthalten; diese Anzeige aber kann nach Lage der Sache, da die erste Faktur vom 17. April datirt und das Ausfallsmuster somit dem Beklagten erst später zugekommen sein wird, nicht als verspätet gelten.

5. Danach muß sich fragen, ob die Waare empfangbar war. In dieser Richtung ist unbestritten, daß ein Kauf nach Muster vorliegt. Ebenso steht, nach dem Thatbestande der Vorinstanz fest, daß als maßgebendes Verkaufsmuster die dem Käufer beim Abschlusse des Geschäftes vom 13. November 1888 übergegebene versiegelte Probe zu betrachten und daß diese mit demjenigen Muster identisch ist, welches bei der vom Gerichtspräsidenten von Luzern geleiteten Expertise vom Käufer vorgelegt und den Experten übergeben wnrde. Die Waare muß somit, um empfangbar zu sein, dieser Probe entsprechen; entspricht sie derselben nicht, so ist sie nicht empfangbar, mag sie auch immerhin als Handelsgut

mittlerer Qualität erscheinen. Denn beim Kauf nach Muster ist eben die Lieferung probemäßiger Waare, nicht die Lieferung von Handelsgut mittlerer Qualität versprochen. Die Beziehung auf die Probe vertritt die nähere Bestimmung der zugesicherten Eigenschaften der Waare; freilich nicht schlechthin unbedingt, sondern nur insoweit, als dies dem Parteiwillen entspricht und nicht etwa ersichtlich ist, daß die Probe nur hinsichtlich gewisser, nicht aber hinsichtlich aller Eigenschaften der Waare maßgebend sein soll. Nun hätte im vorliegenden Falle in Zweifel gezogen werden können, ob die Probe (welche bereits im November gegeben wurde) auch hinsichtlich des Trockenheitsgrades der (erst im folgenden Frühjahr zu liefernden) Waare maßgebend sein sollte. Allein der Verkäufer hat dies nicht, wenigstens nicht in unzweideutiger Weise, bestritten und die Vorinstanzen gehen ohne Rechtsirrthum davon aus, daß die Probe auch für den Trockenheitsgrad gegeben worden, d. h. daß der Parteiwille dahin gegangen sei, es solle auch in dieser Richtung die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare durch die Probe bestimmt werden.

6. Ist aber hievon auszugehen, so ist die Beschwerde ohne weiters zu verwerfen und die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen. Denn die Vorinstanzen stellen an Hand des vom Gerichtspräsidenten eingeholten Expertengutachtens fest, daß hinsichtlich des Trockenheitsgrades die Waare der Probe nicht entspreche, indem sie gleichzeitig ausführen, die Behauptung der Klägerin, die Probe habe seit ihrer Hingabe in Folge ihrer Aufbewahrung in dieser Richtung eine Aenderung erlitten, sei nicht erwiesen. Daneben kann denn darauf, ob die Waare „zeitgemäß" trocken war, nichts ankommen. Denn ist die Probe einmal auch für den Trockenheitsgrad gegeben worden, so mußte eben nicht „zeitgemäß" sondern „mustergemäß" trockene Waare geliefert werden. Es ist auch gewiß nicht richtig, daß es sich bei der hier in Rede stehenden Unterschiede zwischen Waare und Muster um eine so subtile Differenz handle, daß dieselbe für den Verkehr überhaupt nicht weiter in Betracht falle; im Gegentheil ergibt sich aus den Akten, daß der Trockenheitsgrad für die Verwerthbarkeit von Waaren der in Rede stehenden Gattung eine erhebliche praktische Bedeutung besitzt. Wenn sodann die klägerische Firma noch behauptet hat,

daß auf das der angefochtenen Entscheidung zu Grunde liegende, vom Gerichtspräsidenten von Luzern eingeholte Expertengutachten deßhalb nichts ankommen könne, weil nicht feststehe, daß die den Experten zur Vergleichung mit dem Kaufsmuster vorgelegten Ausfallsmuster mit dem dem Käufer zugesandten, der Waare entnommenen Ausfallsmuster identisch seien, so kann hierauf aus einem doppelten Grunde nichts ankommen; einmal stellt die Vorinstanz fest, die Klägerin habe diese Identität überhaupt rechtzeitig gar nicht bestritten, sodann aber liegt der Verkäuferin, welche darzuthun hat, daß sie ihrerseits vertragsmäßige Leistung anerbot, der Beweis der Probemäßigkeit und nicht dem Käufer der Beweis der Nichtprobemäßigkeit der gelieferten Waare ob. Den Beweis der Probemäßigkeit aber kann die Verkäuferin nur auf Grund des Gutachtens der luzernischen Experten, welchen einzig das Verkaufsmuster vorlag, erbringen; sollte also wirklich dieses Gutachten aus den von der Klägerin behaupteten Gründen nicht in Betracht kommen können, so ist die Klägerin von vorneherein beweisfällig. Wenn endlich die Klägerin noch geltend gemacht hat, es hätte in casu, weil jedenfalls die Werthdifferenz zwischen der wirklich gelieferten und der gemäß dem Verkaufsmuster zu liefernden Waare nur ein ganz minimer sei, nur auf Preisminderung erkannt werden sollen, so kann hierauf schon deßhalb nicht eingegangen werden, weil aus den Akten über das Maß der fraglichen Werthdifferenz gar nichts erhellt und der für dasselbe von der Klägerin nachträglich anerbotene Sachverständigenbeweis von den kantonalen Instanzen aus prozeßualen Gründen, als verspätet, ausgeschlossen worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 29. Oktober 1890 sein Bewenden.

44. Urtheil vom 18. April 1891 in Sachen Hypothekarbank Winterthur gegen A. von Moos & Cie.

A. Durch Urtheil vom 7. Februar 1891 hat das Obergericht des Kantons Zug erkannt:

1. Es sei unter Abweisung der Appellationsbeschwerde das kantonsgerichtliche Urtheil vom 31. Dezember 1890 bestätigt.

2. Habe Appellantin ihre Kosten an sich zu tragen und den Appellaten an die zweitinstanzlichen Kosten 35 Fr. zu bezahlen.

Das erstinstanzliche Urtheil des Kantonsgerichtes des Kantons Zug vom 31. Dezember 1890 ging dahin:

1. Es sei die Klägerin mit ihrem Begehren abgewiesen und Beklagtschaft nur pflichtig, das Eigenthumsrecht der Klägerin mit der Beschränkung anzuerkennen, daß die von Beklagtschaft durch Rechtstrieb auf erwähnte Inventur erworbenen Pfandrechte laut Akt des Weibelamtes Zug vom 16. Dezember 1889 dem von Klägerschaft beanspruchten Eigenthumsrechte vorgehen sollen.

2. Habe Klägerin ihre Kosten an sich zu tragen und der Beklagtschaft an die ihrigen 100 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen das obergerichtliche Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt der Klägerin, es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils in Zuspruch der klägerischen Rechtsfrage zu erkennen: Die Beklagte sei pflichtig, die Klägerin als Eigenthümerin des alten Betriebsmaterials von Schönfels, wie sie solches laut Vertrag vom 25. Mai 1888 und darauf bezüglichem Inventurverzeichniß an Dr. von Ravier überlassen hatte, anzuerkennen unter Kostenfolge. Dagegen beantragt der Anwalt der Beklagten, indem er gleichzeitig die Kompetenz des Bundesgerichtes in Zweifel zieht, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil zu bestätigen unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 25. Mai 1888 hat die Hypothekar-

bank Winterthur die Kuranstalt Schönfels auf dem Zugerberg dem (angeblichen) Dr. E. von Ravier verkauft; durch einen weitern besondern Vertrag vom gleichen Tage verkaufte sie ihm auch das zu dieser Anstalt gehörige Betriebsinventar um den Preis von 50,000 Fr., indeß unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur gänzlichen Tilgung des (in verschiedenen jährlichen Raten zahlbaren) Kaufpreises. Nachdem der Käufer Liegenschaft und Mobiliar angetreten hatte, wurde er von der Firma A. von Moos & Cie. für eine Forderung von 20,000 Fr. betrieben; dabei wurde in Gemäßheit des zugerischen Rechtstriebgesetzes das Betriebsinventar von Schönfels weibelamtlich gepfändet. Am 16. Dezember 1889 wurde zwischen Schuldner und Gläubiger gemäß § 6 des zugerischen Einführungsdekretes zum Obligationenrechte vereinbart, daß die zu Pfand gestellten Gegenstände (unter gewissen Kautelen) bis zum 16. Dezember 1890 in Handen des Schuldners belassen werden sollen. Unbestritten ist, daß dabei A. von Moos & Cie. von dem Eigenthumsvorbehalte zu Gunsten der Hypothekarbank keine Kenntniß hatten und glaubten, das Mobiliar sei Eigenthum des angeblichen von Ravier. Erst später, am 21. August 1890 brachte die Hypothekarbank Winterthur dem Weibelamte Zug den Eigenthumsvorbehalt amtlich zur Kenntniß. Am 23. September 1890 wurde nun aber über den (angeblichen) Dr. E. von Ravier in Zug die Auffallsrechnung abgehalten. In dessen Konkurse vindizirte die Hypothekarbank Winterthur, gestützt auf den im Kaufvertrage vom 25. Mai 1888 gemachten Eigenthumsvorbehalt, das fragliche Inventar. Die Firma A. von Moos & Cie. bestritt die Gültigkeit des Eigenthumsvorbehaltes nicht, machte dagegen geltend, daß das von ihr im Betreibungswege erworbene Pfandrecht dem Eigenthum der Vindikantin vorgehe. Die beiden kantonalen Instanzen haben in diesem Sinne entschieden, indem sie ausführen: Nach Art. 886 O.-R. werden die gerichtlichen Pfandrechte von den pfandrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechtes nicht berührt; es unterstehen danach Betreibungspfandrechte nach wie vor ausschließlich dem kantonalen Rechte. Nach den Vorschriften des kantonalen Rechtes sei nun, trotz der mangelnden Besitzübertragung, das Betreibungspfandrecht der beklagten Firma A. von Moos & Cie. gültig erworben worden.

Das (von der Beklagten anerkannte und daher richterlich nicht zu prüfende) Eigenthum der klägerischen Hypothekarbank an den gepfändeten Mobilien stehe der Gültigkeit des Betreibungspfandrechtes nicht entgegen. Es bestehe keine kantonale Gesetzesbestimmung, aus welcher etwas zu Ungunsten der Beklagten folgen würde, und es sei anzunehmen, daß letztere sich in gutem Glauben befunden habe. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes rechtfertige sich aber um so mehr, als auch das Obligationenrecht denselben in Art. 205 und 213, allerdings nur für Eigenthums- und Faustpfandrechte, statuire und als, wenn auch keine gesetzliche Bestimmung die Klägerin verpflichtet habe, ihren Eigenthumsvorbehalt rechtzeitig der zuständigen Behörde anzuzeigen, doch eine solche Kenntnißgabe im höchsten Interesse der Klägerin gelegen wäre, da hiedurch die Pfandbestellung von Seiten des Nichteigenthümers rechtzeitig verhindert und die Verkäuferin selbst vor eventuellem Schaden beschützt worden wäre.

2. Das Eigenthum der Klägerin wird von der Beklagten ausdrücklich anerkannt; bestritten ist dagegen, ob nicht das Pfändungspfandrecht der Beklagten dem Eigenthum der Klägerin vorgehe, d. h. gültig erworben worden sei, trotzdem die gepfändeten Sachen nicht im Eigenthum des belangten Schuldners sondern eines Dritten (der Klägerin) stehen. Fragt sich in erster Linie, ob das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent sei, so hängt dies davon ab, ob die erwähnte Frage nach eidgenössischem oder aber nach kantonalem Rechte zu beurtheilen ist. Darüber ist zu bemerken: Richtig ist, daß nach Art. 886 O.-R. richterliche Pfandrechte von den pfandrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes nicht berührt werden, sondern für dieselben bis zum Erlaße eines eidgenössischen Betreibungs- und Konkursrechtes die kantonalen Vorschriften maßgebend bleiben. Es ist demnach zweifellos, daß für richterliche, insbesondere Betreibungspfandrechte, die Regel des Art. 210 O.-R., wonach ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand bestellt werden kann, nicht gilt, sondern solche nach Maßgabe der kantonalen Gesetze ohne Uebergabe der Pfänder an den Pfändungsbeamten oder an einen Dritten erworben werden können. Allein Art. 886 O.-R. bezieht sich nur auf die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Be-

langten; er behält nur dafür, auf welche Weise und mit welcher Wirkung Betreibungspfandrechte an Sachen des Schuldners begründet werden können, das kantonale Betreibungs- und Konkursrecht vor. Dagegen bezieht er sich nicht auf die Frage ob, eventuell inwiefern die gerichtliche Pfändung von Sachen eines Dritten dessen Rechten präjudizire oder vielmehr von demselben gestützt auf sein Eigenthum abgewehrt werden könne. In letzterer Richtung handelt es sich überall nicht um eine Frage des Zwangsvollstreckungsrechts sondern um die rein privatrechtliche Frage der Grenzen des Eigenthumsschutzes. Diese werden aber nicht durch das Betreibungs- und Konkursrecht sondern durch das materielle Privatrecht, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, durch das eidgenössische Obligationenrecht bestimmt. Nicht das kantonale Betreibungs- und Konkursrecht sondern das eidgenössische Obligationenrecht entscheidet darüber, inwiefern der Eigenthümer beweglicher Sachen gegenüber Dritten geschützt oder aber sein Eigenthum durch gutgläubige Erlangung der Sache zu Eigenthum oder Pfand seitens Dritter zufolge eines für diese eingetretenen entsprechenden Rechtserwerbes aufgehoben oder beschränkt werde. So kann z. B. doch einem Zweifel kaum unterliegen, daß die Vindikation gestohlener oder verlorener Sachen sich schlechthin nach Art. 206 O.-R. richtet und ihr eine gerichtliche Pfändung, welcher die Sache beim Diebe oder Finder in kantonalgesetzlich gültiger Form unterworfen worden sein sollte, nicht entgegengehalten werden kann, vielmehr der Eigenthümer, dieser Pfändung ungeachtet, in seinem Rechte auf unbeschwerte Herausgabe der Sache geschützt werden muß. Freilich normirt das eidgenössische Obligationenrecht den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen nicht in erschöpfender Weise, indem es insbesondere die originären Erwerbsarten des Eigenthums (Occupation, Spezifikation ꝛc.) nicht berührt. Allein die hier in Rede stehende Frage, inwieweit der Grundsatz „Hand wahre Hand" gelte, respektive inwieweit durch einen gegenüber einem Nichtberechtigten erfolgten Erwerbungsakt ein Recht an der Sache wirklich begründet werde, fällt durchaus in den sachlichen Geltungsbereich des eidgenössischen Gesetzes.

3. Ist somit eidgenössisches Recht anwendbar, so erscheint die

Beschwerde ohne weiters als begründet. Freilich erwirbt der gutgläubige Empfänger, welchem bewegliche (nicht gestohlene oder verlorene) Sachen zu Faustpfand gegeben worden sind, auch dann Faustpfand, wenn der Besteller zur Verpfändung nicht berechtigt war (Art. 213 O.-R.) und gilt der gleiche Grundsatz auch für das Retentionsrecht (Art. 227 vgl. auch Art. 294 O.-R.) Allein dies kann, ganz abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle die zur Faustpfandbestellung (wie zur Errichtung eines Retentionsrechtes) erforderliche Uebertragung des Gewahrsams nicht stattgefunden hat, auf die im Betreibungswege vollzogene Pfändung nicht erstreckt werden. Denn hier liegt nicht, wie bei Verpfändung durch einen Nichtberechtigten, eine rechtsgeschäftliche, auf Bestellung eines Pfandrechtes gerichtete Verfügung, sondern eine exekutorische Pfandnahme, ein Akt der Zwangsvollstreckung vor, woran es nichts ändert, daß der belangte Schuldner der Pfändung nicht widersprochen, sondern im Gegentheil dem Pfändungsbeamten die betreffenden fremden Sachen selbst zur Pfandnahme dargeboten haben mag. Es mangelt an dem das Recht des gutgläubigen Faustpfandnehmers, trotz des mangelnden Rechtes seines Autors, begründenden Rechtsgeschäfte. In Ermangelung eines solchen muß es einfach dabei sein Bewenden haben, daß Akte der Zwangsvollstreckung nur gegen das Vermögen des Verpflichteten gerichtet werden können und wenn sie irrthümlich auf Sachen Dritter ausgedehnt werden, diese letztern kraft ihres Eigenthumsrechtes befugt sind, die Freigabe der zu Unrecht gepfändeten Gegenstände zu verlangen. Diese Regel ist ein Ausfluß des privatrechtlichen Fundamentalsatzes, daß dem Gläubiger nur der Schuldner mit seinem Vermögen, nicht dagegen (abgesehen natürlich von dinglichen schon vor der Exekution bestehenden, durch diese nur zu realisirenden, Rechten) auch Dritte mit dem ihrigen haften; sie ist daher auch, soviel wenigstens dem Bundesgerichte bekannt, in der Gesetzgebung allgemein anerkannt. Auch das Rechtstriebsgesetz des Kantons Zug bestimmt, wie aus den angefochtenen Entscheidungen selbst sich ergibt, nicht das Gegentheil, erkennt daher den Grundsatz stillschweigend an, wie denn übrigens nach dem oben Bemerkten eine abweichende kantonalgesetzliche Bestimmung mit dem eidgenössischen Obligationenrechte unvereinbar und daher ungültig wäre.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird für begründet erklärt und es wird mithin in Abänderung des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Zug vom 7. Februar 1891 erkannt, die Beklagte sei pflichtig, die Klägerin als Eigenthümerin des alten Betriebsmobiliars vom Schönfels, wie sie solches laut Vertrag vom 25. Mai 1888 und darauf bezüglichem Inventurverzeichniß an Dr. von Ravier überlassen hatte, anzuerkennen.

---

45. *Arrêt du 8 Mai 1891 dans la cause Henneberg contre Huguenin.*

Par arrêt du 23 Février 1891, communiqué au recourant le 14 Mars suivant, la Cour de Justice civile du canton de Genève a, en confirmation du jugement rendu par le Tribunal de commerce de Genève le 30 Octobre 1890 entre A. Henneberg, fabricant à la Jonction, agissant en sa qualité de successeur de la maison Henneberg et Reinheimer, et dame veuve Huguenin, négociant à la Chaux-de-Fonds, a admis la demande de dame Huguenin, repoussé la demande reconventionnelle de Henneberg et Reinheimer, — et condamné l'appelant Henneberg aux dépens.

Par acte déposé au greffe de la Cour de justice civile le 10 Mars 1891, A. Henneberg a recouru contre le prédit arrêt et conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral lui adjuger les conclusions prises devant l'instance cantonale, tant principales que subsidiaires, et condamner l'intimée en tous les dépens.

Par conclusions datées du 18 Mars 1891, la dame Huguenin demande qu'il plaise au Tribunal de céans rejeter le recours comme non fondé, et confirmer l'arrêt de la Cour de justice civile.

Statuant en la cause et considérant :

En fait :

1° Par contrat du 21 Décembre 1888 Henneberg et Reinheimer ont acheté de la veuve de J. Huguenin-Girard tout l'outillage de sa fabrication de pendants et d'anneaux, tel qu'il est spécifié dans l'inventaire annexé à l'acte de vente, pour le prix de 8000 francs payables 3000 francs dans le courant de l'année 1889 et 5000 francs dans le courant de l'année 1890.

Ce contrat fut conclut à la Chaux-de-Fonds par un des associés de la maison Henneberg et Reinheimer et dame Huguenin, après que l'outillage eut été examiné par l'acheteur et par un expert amené par ce dernier.

Lors de la conclusion du contrat de vente, une entente verbale eut lieu entre parties touchant l'achat exclusif des couronnes, anneaux et pendants par la dite demanderesse chez Henneberg et Reinheimer : cette entente fut confirmée par les lettres des 26, 27 et 31 Décembre 1888. Dame Huguenin s'y obligeait à n'acheter aucun pendant, aucun anneau et aucune couronne ailleurs que dans la dite maison, sauf le cas d'une commande extra-pressante, que dame Huguenin n'aurait pas le temps de demander en retour à Henneberg et Reinheimer.

Les 8/9 Janvier 1889 l'outillage, se composant de 1120 pièces, fut expédié de la Chaux-de-Fonds par le contremaître de dame Huguenin, dans un wagon complet, fermé et plombé par l'administration du chemin de fer, après le chargement effectué par le contremaître de la demanderesse.

Le 12 Janvier 1889 Henneberg et Reinheimer télégraphiaient à la demanderesse : « Outillage arrivé gare bouleversé, recevrez lettre demain matin onze heures, » et par lettre du même jour, ils l'avisent que leur mécanicien Kupfer a trouvé l'outillage sens dessus dessous ; que les layettes s'étaient renversées et leur contenu répandu dans le wagon en couvrant différents outils. La même lettre ajoute qu'il y a des matrices et des poinçons cassés et que les modèles de pendants étaient tous parsemés ; que, comme ils sont de petites dimensions, il est fort probable qu'il s'en soit perdu en route,

car le wagon avait un plancher en mauvais état, avec de larges fentes.

Le 14 Janvier 1889, dame Huguenin télégraphie aux défendeurs « Faites constater dégâts par compagnie immédiatement, contremaître part train 1 heure, déchargerez demain matin avec employé de la compagnie. Avons chargé, mais compagnie responsable. »

Le même jour encore, Henneberg et Reinheimer informent la demanderesse que, au dire du chef de quai, le wagon complet, chargé par l'expéditeur, avait voyagé aux périls et risques de celui-ci ; que l'accident est dû à ce que la grande layette n'étant pas cotée, les layettes se seront abattues à la descente, et leur contenu se sera versé soit sur l'outillage, soit sur le plancher ; que ce dernier ayant de larges fentes, il est probable qu'un certain nombre de petites pièces minces se seront égarées en route. Dans ces circonstances les défendeurs estiment que le mieux serait que M. Huguenin fils vienne lui-même à Genève pour constater l'état des choses, en vue des contestations qul pourraient surgir avec la compagnie.

Le contremaître de la demanderesse se rendit d'abord à Genève, et, avec sa coopération, l'outillage fut transporté chez les défendeurs par leur mécanien et des ouvriers.

Entre les 22 et 25 Janvier 1889 le fils Huguenin se rendit également à Genève, et une liste des pièces manquantes ou détériorées lui fut remise. Il fit à cette occasion une commande qui fut immédiatement exécutée par les défendeurs, et qu'il emporta lors de son départ. Le 26 Janvier, les défendeurs avisent dame Huguenin qu'ils ont trouvé un bon fondeur dégrossisseur, et qu'il n'est pas nécessaire de faire descendre celui de la demanderesse ; ils ajoutent que « maintenant que tout est arrêté de part et d'autre, nous allons tous travailler courageusement. »

Le même jour les défendeurs envoient à dame Huguenin une commande d'anneaux, en l'invitant à leur faire des commandes nouvelles, pour qu'ils puissent occuper leurs ouvriers ; le jour suivant ils renouvellent cette invitation.

Le 29 Janvier, les défendeurs réclament de la demanderesse diverses pièces d'outillage, désignées à M. Huguenin fils ; le lendemain dame Huguenin leur envoie l'outil aux douzièmes et ajoute que les autres pièces réclamées leur seront expédiées le jour suivant.

Le 1er Février, les défendeurs réclament de dame Huguenin divers objets indiqués à son fils ; ils insistent de nouveau pour obtenir des commandes, les ouvriers, qu'ils doivent payer de 5 francs à 5 fr. 75 c. par jour, ne gagnant que 2 fr. 50 c. à 3 francs.

Le 2 Février dame Huguenin envoie les pièces demandées, en déclarant que c'est tout ce qui lui restait en fait de poinçons et de matrices ; elle ajoute qu'il lui est impossible de faire maintenant de grandes commandes en anneaux et pendants chez les défendeurs, les prix ayant considérablement fléchi.

Le 4 Février, les demandeurs informent dame Huguenin qu'un ouvrier vient de les quitter faute d'ouvrage ; le 5 dit, ils se plaignent de la défectuosité de l'outillage qu'elle leur a remis ; les ouvriers refusent, disent-ils, de continuer à travailler si l'on ne répare ce qui s'est détérioré pendant le voyage; les défendeurs se plaignent, en outre, de ne pas recevoir de dame Huguenin les commandes convenues, et ils ajoutent ce qui suit : « On vous a bien donné un aperçu grosso modo des pièces qui manquaient et cela le jour où M. Huguenin est venu à Genève ; mais nous attendions vos commandes pour pouvoir vérifier votre outillage à fond, car nous ne pouvions le faire autrement, mais si nous ne recevons rien, quand cette vérification pourra-t-elle se faire ? Il faut pourtant que nous soyons fixés. Quant à vos prix minima nous ne pouvons les accepter pour le moment. Nous préférons ne faire ni pendants ni anneaux tant qu'on n'a pas obtenu des commissions par série de chaque numéro, etc. »

Le 6 Février, les défendeurs envoient à dame Huguenin copie d'une lettre des ouvriers Bernard et Lugeon, lesquels déclarent n'avoir pas reçu le travail promis et se plaignent de perdre trop de temps à devoir chercher les outils, mélangés

ou endommagés ; ils ne recommenceront à travailler que s'il est obvié à ces inconvénients.

Par lettre du 7 Février dame Huguenin exprime sa surprise de toutes ces réclamations incessantes. Elle fait observer aux défendeurs que leur propre mécanicien a tout examiné, a dressé un inventaire des objets achetés, dont un double se trouve entre leurs mains ; il en résulte que tout a bien été expédié. « J'admets, poursuit la demanderesse, que ce matériel a un peu souffert du voyage, mais pas autant qu'on veut bien le dire ; je vous ai envoyé certaines choses pour réparer le dommage causé, bien que je n'y étais pas tenue, les marchandises quelles qu'elles soient faisant toujours route aux risques et périls du destinataire. Je ne m'explique donc pas que vous reveniez constamment sur cette affaire, que j'envisage être, pour ma part, complètement liquidée. » Quant aux commandes, dame Huguenin regrette de ne pouvoir en faire aux défendeurs, vu la concurrence effrénée que se font diverses maisons et l'avilissement des prix ; elle estime enfin que les réclamations des deux ouvriers susmentionnés provient uniquement du fait qu'ils ne sont pas à la hauteur de leur tâche.

Par lettre du 9 Février, les défendeurs protestent contre ces réflexions, qu'ils n'estiment pas être justes, et se réservent de leur répondre ultérieurement.

Le 13 Février, la demanderesse déclare qu'elle consentirait à payer les articles des défendeurs au prix de la place, à condition de ne pas perdre dessus ; quant à l'outillage il est acheté par les défendeurs et en leur possession. Ils peuvent donc l'utiliser à leur convenance.

Le 14 Février, les défendeurs acceptent ces propositions, sous réserve de la vérification de l'outillage et sans engagement de leur part.

Le 15 dit, les défenseurs sont avisés par dame Huguenin qu'un de ses clients lui a retourné 24 pendants, livrés par eux, comme trop légers et mal faits.

Le 18 Février, les défendeurs répondent que ne pouvant pas mieux faire avec l'outillage de dame Huguenin, ils n'exé-

cuteront pas son ordre en anneaux. Le jour suivant la demanderesse insiste sur l'exécution de sa commande d'anneaux, attendu que son observation ne portait pas sur la fabrication de cet article, mais seulement sur le pivotage.

Par acte du 21 Février, les défendeurs déclarent vouloir exécuter la commande, mais « toujours sous réserves. »

Par lettre du 22 Février, dame Huguenin répond ne comprendre absolument rien à ces réserves perpétuelles, et ajoute que s'il s'agit de l'outillage, l'acte de vente ne mentionne aucune réserve pour quoi que ce soit, et qu'elle n'en reconnaît par conséquent aucune.

Le 21 Février les défendeurs veulent avoir écrit une lettre, remise quelques jours plus tard à la Chaux-de-Fonds à la demanderesse personnellement. Cette lettre contient en résumé ce qui suit:

M. Henneberg parlera longuement de l'outillage à dame Huguenin ; une correspondance serait trop étendue et pourrait devenir acerbe. La demanderesse n'a pas tenu les conventions faites à ce sujet; l'outillage est inutilisable et trop avarié. Toutes réserves ont été faites sur ce point, et les défendeurs n'ont commencé la fabrication que sur l'instigation de M. Huguenin fils. L'outillage est impropre au service ; aussi les défendeurs se voient-ils, en évitation de tous retours et ennuis, obligés de suspendre totalement la fabrication des anneaux et pendants; ils mettent dame Huguenin en demeure d'avoir à leur reprendre le dit outillage, et font toutes leurs réserves quant aux dommages-intérêts qu'ils ont à lui réclamer. Répondant à l'affirmation de la demanderesse que l'outillage voyage aux risques et périls du destinataire, les défendeurs invoquent l'art. 452 C. O.

La demanderesse conteste avoir reçu cette lettre du 21 Février ; dans sa lettre du 27 dit à Henneberg et Reinheimer elle reconnaît seulement avoir reçu personnellement de M. Henneberg un compte, et ajoute « quant aux autres questions, j'attends le retour de mon fils pour vous en écrire après en avoir discuté avec lui. » C'est dans cette dernière phrase que les défendeurs veulent voir la preuve que dame Huguenin avait réellement reçu la lettre du 21 Février.

Le 2 Mars 1889, les défendeurs écrivent à dame Huguenin qu'ils voudraient avoir une solution quant à l'outillage, et par lettre du 6 dit la demanderesse leur répond qu'elle ne peut que répéter les déclarations contenues dans son écriture du 7 Février précédent.

La correspondance ultérieure des parties pendant les mois de Mars, Avril, Juin, Août et Novembre ne s'occupe plus de l'outillage, et a trait exclusivement aux commandes faites par la demanderesse et exécutéees par les défendeurs, qui en ont reçu le montant à la fin de chaque mois.

Dans leur lettre du 4 Juin 1889, les défendeurs avisent dame Huguenin qu'ils ne pourront accepter aucune retenue sur le montant de leurs factures, « ceci dit une fois pour toutes, restera en vigueur jusqu'au 15 Décembre 1889. »

Dans une lettre du 6 dit, les défendeurs invitent la demanderesse à leur dire par oui ou non si elle est d'accord avec leur lettre du 4, traitant la question des règlements, valable jusqu'au 15 Décembre 1889 au sujet des marchandises qu'ils sont et seront appelés à lui fournir.

Par lettre du 27 Novembre 1889, la demanderesse informe les défendeurs qu'en vertu de l'acte de vente de son outillage, elle leur avise une traite de 3000 francs au 31 Décembre suivant.

Le lendemain les défendeurs répondent qu'ils n'accepteront pas la traite, et déclarent s'en tenir à ce qui a été écrit et convenu précédemment entre parties; ils confirment ce refus par lettres des 9 et 20 Décembre 1889 adressées à l'avocat Lehmann, à la Chaux-de-Fonds, et se réfèrent à leur lettre du 21 Février précédent. La prédite traite fut en effet protestée le 4 Janvier 1890 pour défaut de paiement, et le 29 dit dame Huguenin assigna Henneberg et Reinheimer devant le Tribunal de commerce de Genève en paiement de la somme de 3041 fr. 30 c., montant de la traite, des frais de protêt et de retour.

Les défendeurs ont conclu à libération des fins de la demande, et réconventionnellement à ce que la demanderesse soit condamnée à leur payer 12 000 francs à titre de dommages-intérêts, pour la perte que leur ont infligée ses agisse-

ments. A cet effet, ils articulaient les faits suivants, dont ils offraient la preuve :

a) L'outillage vendu a été emballé et expédié à la Chaux-de-Fonds sous la direction exclusive du contremaître de la demanderesse.

b) Par suite du mauvais chargement l'outillage se trouvait bouleversé dans le wagon, lors de son arrivée à Genève le 12 Janvier 1889.

c) Les défendeurs ont déclaré ne pas vouloir accepter le wagon, ce qui fut communiqué par dépêche à la demanderesse.

d) Dame Huguenin a envoyé son contremaître, et télégraphié qu'il fallait attendre celui-ci pour transporter l'outillage, ce qui fut fait.

e) Le contremaître ordonna de décharger le wagon et fit transporter l'outillage chez les défendeurs.

f) Le contremaître procéda à une première vérification, il ne resta toutefois que quelques heures et confia à un ouvrier le reste de la vérification.

g) Le contremaître a reconnu que l'outillage se trouvait dans un triste état, dont la seule cause était l'emballage défectueux.

h) Comme l'importance des dégâts ne peut être constatée que par l'emploi de l'outillage, les défendeurs ont refusé de commencer à travailler sans l'autorisation de la demanderesse.

i) Huguenin fils vint à Genève et autorisa les ouvriers à commencer le travail, il promit de remplacer toutes les pièces manquantes ou endommagées, à mesure qu'on les découvrirait, et il a fait immédiatement une petite commande.

k) Cette commande a été aussitôt exécutée, et Huguenin fils emporta la marchandise à la Chaux-de-Fonds ; il lui fut également remis une première liste des pièces d'outillage manquantes ou endommagées.

l) Dès les premiers essais, les ouvriers ont remarqué que l'outillage avait davantage souffert qu'on ne l'avait cru ; une partie était perdue, une autre brisée ou faussée, ce qui fut

immédiatement porté à la connaissance de la demanderesse par écrit.

m) Dame Huguenin n'a pas tenu la promesse de son fils, et comme il était impossible de faire du bon travail avec l'outillage, les ouvriers ont quitté les défendeurs.

n) Les défendeurs ont suivi les directions de M. Huguenin fils ; ils n'ont jamais accepté l'outillage, mais toujours fait leurs réserves.

o) Ensuite du départ de leurs ouvriers, les défendeurs ont dû renoncer à la fabrication, et à partir de fin Février 1889 l'outillage n'a plus été utilisé et se trouvait à la disposition de la demanderesse, ce dont elle fut informée par la lettre du 21 Février 1889.

p) Ce n'est qu'en Octobre que les défendeurs ont pu installer un nouvel outillage ; ils ont ainsi subi une perte de temps de 10 mois par la faute de la demanderesse.

q) Cette circonstance leur a causé un préjudice considérable, cela d'autant plus que dame Huguenin leur avait promis des commandes considérables. Ils étaient sur le point, au moment de la conclusion du contrat du 21 Décembre 1888, d'établir un outillage ; ils y renoncèrent ensuite des propositions de la demanderesse, d'autant plus que celle-ci leur promit de leur donner toutes ses commandes en anneaux, couronnes, etc. Ces commandes furent en réalité très insignifiantes. C'est ensuite du mauvais état de l'outillage que les défendeurs ont dû rompre la convention verbale relative aux anneaux et pendants, et qu'ils ont perdu 10 mois de travail. Si l'on compte seulement les commandes promises par la demanderesse, du montant de 6000 francs par mois, on peut évaluer sans exagération à 12 000 francs, soit du 20 % sur 10 mois à 6000 francs, le préjudice souffert par les défendeurs. La responsabilité de dame Huguenin découle, à cet égard, du contrat de vente du 21 Décembre 1888, et du mauvais état de l'outillage. Eventuellement les défendeurs ont demandé la nomination d'experts, aux fins d'examiner l'outillage, et de dire s'il était propre à la fabrication des anneaux et pendants, à laquelle il était destiné.

Le Tribunal de commerce, par jugement du 30 Octobre 1890, et la Cour de justice civile, par arrêt du 23 Février 1891, ont admis les conclusions de la demande et repoussé les conclusions reconventionnelles des défendeurs. L'arrêt de la Cour de justice s'appuie, en résumé, sur les considérations suivantes :

Un inventaire complet de l'outillage vendu étant annexé au double de l'acte de vente, il était possible, dès les premiers jours de l'arrivée de cet outillage, de s'assurer de ce qui avait été perdu, détruit ou endommagé en cours de transport, et il n'y avait aucun motif pour ne pas observer les formalités prévues par l'art. 248 C. O. Il résulte de la correspondance des défendeurs, et Henneberg reconnaît lui-même que l'outillage a été employé par eux non pas seulement jusqu'à fin Février mais jusqu'à fin Août 1889, puisqu'ils ont livré jusqu'à cette époque les marchandises à dame Huguenin. Il n'est pas possible de déterminer aujourd'hui si l'état défectueux de l'outillage est la conséquence des avaries survenues en cours de transport, ou s'il est dû à l'emploi qu'en ont fait les défendeurs. Dans ces conditions un laisser pour compte est inadmissible. D'ailleurs un accord était intervenu entre parties en Janvier 1889 lors du voyage à Genève de Huguenin fils; cela résulte de la carte postale adressée le 26 Janvier par les défendeurs à dame Huguenin, carte confirmée par leur lettre du même jour. Les réserves faites plus tard par Henneberg et Reinheimer étaient tardives et ne peuvent autoriser un laisser pour compte, d'autant moins que les défendeurs ont continué à employer l'outillage, à solliciter des commandes et à les exécuter. La preuve offerte à cet égard n'est pas pertinente, les faits offerts en preuve n'étant pas plus précis que les termes des lettres de Henneberg et Reinheimer. Il en est de même de la preuve offerte touchant la demande reconventionnelle : Henneberg n'offre pas d'établir que, contrairement aux engagements qu'elle avait pris, dame Huguenin ait fait faire ailleurs que chez lui les couronnes, pendants et anneaux dont elle avait besoin. C'est contre cet arrêt que le recourant a pris, auprès du Tribunal fédéral, les conclusions plus haut rappelées.

En droit :

2° La prétention de la demanderesse a été contestée par les défendeurs par le seul motif qu'ils s'estiment en droit de résilier le contrat et de laisser la chose vendue à la disposition de dame Huguenin Il y a donc lieu d'examiner si les dits défendeurs sont autorisés à résilier la vente à raison des défauts de la chose vendue.

Ces défauts, soit avaries, doivent, d'après les allégués des défendeurs, avoir atteint la chose vendue au cours de son transport de la Chaux-de-Fonds à Genève, ensuite de l'emballage défectueux des pièces composant l'outillage, objet du litige, emballage qui était à la charge de la demanderesse et qui a en effet été exécuté par ses soins. Les défendeurs ne paraissent pas contester que les risques de la chose vendue et du transport en question n'aient été à leur charge, ce qui résulte avec évidence des dispositions des art. 84 et 204 C. O. Il ne suit néanmoins pas de là que les défendeurs eussent aussi à supporter les conséquences d'un emballage défectueux de la marchandise. Dès le moment où la demanderesse s'était chargée et acquittée du dit emballage, elle était tenue de l'exécuter avec soin, et elle était responsable pour toute faute ou négligence de ce chef, en ce sens que l'acheteur avait la faculté, le cas échéant, de résilier le contrat à teneur des art. 249 et suivants, et en particulier de l'art. 255 C. O., à raison des avaries causées par l'emballage défectueux de la chose vendue. En revanche les art. 452 C. O. et 32 chiffre 6 de la Loi fédérale sur les transports par chemins de fer ne sont d'aucune application au cas actuel, puisqu'ils ont trait exclusivement aux rapports entre le voiturier et l'expéditeur, découlant du contrat de transport, et non point à ceux entre l'expéditeur et le destinataire, soit entre le vendeur et l'acheteur de la marchandise. La responsabilité du vendeur vis-à-vis de l'acheteur est déterminée uniquement par les dispositions relatives au contrat de vente, ou par les conventions particulières des parties.

3° Or, aux termes de la correspondance échangée entre les parties, en particulier d'après les lettres des défendeurs du

26 Décembre 1888 et de la demanderesse du 31 dit, il n'est point douteux que dame Huguenin s'était engagée, conformément d'ailleurs à l'usage existant en pareille matière, à expédier à Genève à Henneberg et Reinheimer l'outillage vendu; les parties reconnaissent que dame Huguenin l'a fait transporter à la gare par ses employés et charger sur un wagon spécial.

Il ne saurait toutefois plus être entré en matière sur l'offre de preuve des défendeurs, tendant à établir que le chargement était défectueux, et que ce vice a été la cause des avaries et de la perte d'une partie de la marchandise ; les défendeurs ont en effet renoncé à la résiliation de la vente, seule en cause dans l'espèce.

Il s'agit évidemment de la vente d'un ensemble de pièces dans le sens de l'art. 255 C. O. ; par conséquent, si quelques-unes de ces pièces seulement ont des défauts, la résiliation de la vente ne peut être demandée qu'à l'égard de ces dernières, pour autant que les pièces défectueuses peuvent être détachées de celles qui sont recevables, sans un préjudice notable pour les intérêts des parties. La question de savoir si, à teneur de l'article précité, les défendeurs auraient été autorisés à résilier le contrat de vente dans son entier, est douteuse, mais sa solution n'est point nécessaire en l'espèce, puisqu'il faut admettre, avec les instances cantonales, en se fondant sur les propres allégués des défendeurs, sur la correspondance échangée entre parties, en particulier sur la carte du 26 Janvier 1889, ainsi que sur l'attitude ultérieure des parties, que peu avant cette dernière date il est intervenu entre les défendeurs et le fils Huguenin une entente aux termes de laquelle les premiers renonçaient à résilier le contrat de vente, et se bornaient à exiger le remplacement des pièces endommagées ou manquantes.

Les défendeurs ont allégué expressément et offert de prouver que le fils Huguenin avait promis de remplacer toutes les pièces manquantes on endommagées, au fur et à mesure de leur découverte, et qu'il avait fait aussitôt une petite commande. Il est également incontesté que les défendeurs ont

remis au fils Huguenin une soi-disant première liste des pièces manquantes et endommagées, en vue de leur remplacement, et que, — ce qui résulte d'ailleurs aussi de la correspondance, — divers envois de pièces manquantes ont été réellement faits aux défendeurs ensuite de réclamations de leur part, entre autres le 30 Janvier 1889, le 31 dit, où dame Huguenin expédie aux défendeurs les pièces réclamées, pour autant qu'elles sont encore en sa possession, et le 2 Février 1889.

4° Il est incontestable que les parties étaient autorisées à conclure une entente dans le sens susindiqué, bien que la loi ne prévoie ni le droit, ni l'obligation du vendeur à remplacer les pièces endommagées, et une semblable entente apparaît comme étant de tout point indiquée dans les circonstances où elle est intervenue. Les défendeurs n'eussent été en droit de se départir de cette entente, conclue avec Huguenin fils, que s'ils avaient été trompés par la demanderesse, ou si celle-ci s'était refusée à remplacer les pièces manquantes ou endommagées, et rendu ainsi impossible l'usage de l'outillage dans son ensemble; mais il n'est point établi au dossier, et les défendeurs n'ont pas même positivement allégué que tel ait été le cas.

5° Les défendeurs ont, il est vrai, allégué, et voulu prouver, que la demanderesse n'avait pas tenu la promesse faite par son fils, et que, comme il était impossible de travailler convenablement avec l'outillage litigieux, les ouvriers avaient quitté la maison Henneberg et Reinheimer. Cet allégué est toutefois conçu dans des termes beaucoup trop vagues et trop généraux pour pouvoir être pris en considération. Les défendeurs auraient dû indiquer d'une manière précise les pièces manquantes ou endommagées, dont ils prétendent avoir réclamé en vain le remplacement par la demanderesse, et donner ainsi à celle-ci l'occasion de se prononcer à ce sujet. Comme ils ne l'ont pas fait, il n'y a pas lieu à procéder à l'expertise demandée éventuellement par les défendeurs au seul effet de prouver que l'outillage n'était pas propre à la fabrication de tous les anneaux et pendants.

6° En admettant même, ce qui n'est point démontré, que Henneberg ait réellement remis personnellement à la demanderesse, quelques jours après le 21 Février 1889, la lettre de cette date contenant le laisser pour compte, cette circonstance est indifférente, puisque, comme il vient d'être dit, les défendeurs n'avaient pas le droit de se départir de l'entente par laquelle ils avaient renoncé à demander la résiliation du contrat. Au reste la teneur des lettres des défendeurs des 4 et 6 Juin 1889 ne peut se concilier avec le prétendu laisser pour compte : on ne voit pas, en effet, et il n'a pas été prétendu par les défendeurs, que la retenue dont il est question dans la première de ces lettres, doive être faite sur une autre prétention que sur celle objet de l'action de la demanderesse. En revanche les lettres de la demanderesse des 27 Février et 6 Mars 1889 peuvent fort bien être la réponse à la conversation qui eut lieu à la fin de Février 1889 entre la demanderesse et Henneberg, et dont le contenu n'est point établi.

Les conclusions de la demande apparaissent, ensuite de tout ce qui précède, comme bien fondées, et il y a lieu de maintenir, à cet égard, l'arrêt dont est recours.

7° Il en est de même en ce qui concerne la demande reconventionnelle.

Cette demande se fonde sur ce que les défendeurs n'ont pu installer qu'en Octobre 1889 un nouvel outillage et qu'ils se sont vus dès lors, à partir de Février 1889 jusqu'en Octobre, dans l'impossibilité de fabriquer des anneaux et pendants, ce qui, en ne prenant en considération que les commandes promises par la demanderesse, leur a causé un dommage d'au moins 12 000 francs.

Des considérants ci-dessus, relatifs à la demande principale, il ressort que la demanderesse ne pourrait être tenue de ce dommage, à supposer qu'il soit réel, que si, à l'encontre de ses prétendues promesses, elle s'était refusée, malgré les réclamations des défendeurs, à remplacer les pièces de l'outillage manquantes ou endommagées ensuite du chargement défectueux. Or, ainsi qu'il a déjà été dit, les défendeurs

n'ont ni offert, ni rapporté une semblable preuve. A partir du 21 Février 1889 ils n'ont plus formulé de réclamations semblables à l'adresse de dame Huguenin, et, en ce qui a trait à la période antérieure à cette date, ils se sont bornés à alléguer, d'une manière toute générale, que la demanderesse n'aurait pas tenu les promesses faites par son fils ; ils n'ont, en revanche, comme il a déjà été remarqué, pas spécifié une seule pièce de l'outillage, endommagée ou perdue au cours du transport, et dont ils auraient réclamé vainement le remplacement par dame Huguenin. Ils n'ont pas davantage offert de prouver que c'est par cette raison qu'ils ont été empêchés d'utiliser l'outillage vendu, et de vaquer à la fabrication d'anneaux et de pendants. Dans cette situation, la demande reconventionnelle ne saurait être accueillie.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu le 23 Février 1891 par la Cour de justice civile de Genève est maintenu tant au fond que sur les dépens.

---

46. *Arrêt du 8 Mai 1891 dans la cause Swift contre Degrange & Cie.*

Par arrêt du 19 Décembre 1890, la chambre d'appel des Prud'hommes du canton de Genève, groupe X, statuant en la cause pendante entre W.-H. Swift, chimiste, à Carouge, et Degrange & Cie, faïenciers à Carouge, a adopté les motifs des premiers juges, confirmé le jugement du 10 Décembre 1890 sur les deux premiers chefs et réservé au demandeur tous ses droits sur la participation aux bénéficces de la maison Degrange & Cie.

W.-H. Swift a recouru au Tribunal fédéral contre cet arrêt, concluant à sa mise à néant et à ce que le dit Tribunal adjuge

au recourant ses conclusions prises devant le Tribunal des Prud'hommes, première et seconde instance.

Degrange & Cie ont conclu au rejet du recours.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Par convention signée en double le 1er Mars 1887, le recourant W.-H. Swift a été engagé par Degrange & Cie, faïenciers, à Carouge, comme directeur technique de leur fabrique de poterie, pour le terme de trois ans, expirant le 31 Décembre 1889, aux appointements de 350 francs par mois et 5 % d'intérêts sur les bénéfices nets annuels de l'exploitation. Une clause de cette convention interdisait à Swift de s'intéresser, directement ou indirectement, dans aucune autre maison similaire en Suisse pendant le terme de 10 ans à partir de sa sortie de la fabrique Ch. Degrange & Cie ; le dit contrat ne stipulait aucune pénalité conventionnelle. Peu de jours avant l'expiration de cette convention, des pourparlers eurent lieu entre parties en vue de la conclusion d'un nouveau contrat. Les dites parties admettent que le 28 Décembre 1889 M. Favre, associé de la maison Degrange & Cie, a remis à Swift les deux doubles d'un nouveau contrat, signé par Degrange & Cie, et l'original du contrat du 1er Mars 1887.

La nouvelle convention, analogue à la première, en différait seulement en ce sens que l'engagement de Swift était conclu pour le terme de 5 ans, soit jusqu'au 31 Décembre 1894 et que son salaire était porté à 5000 francs par an.

Swift demanda un certain temps de réflexion pour examiner les contrats qui lui avaient été confiés, mais, tandis qu'il prétend que le jour après ou le surlendemain, il a déposé sur son pupitre un exemplaire muni de sa signature, et que M. Favre vint prendre lui-même cet exemplaire, ce dernier conteste ce dire, et allègue que Swift ne voulait pas rendre les contrats, par le motif que la veille il avait eu une altercation avec M. Degrange, et que ne voulant plus de convention, et ne voulant plus être engagé que de 3 mois en 3 mois, il les avait déchirés et brûlés. Les parties admettent d'un commun

accord que dans les premiers jours de Juillet 1890, M. Favre signifia verbalement à Swift son congé pour le mois d'Octobre. Un certificat, dont les termes furent débattus entre parties, fut délivré par Degrange à Swift. Celui-ci allègue, en outre, que Degrange refusa de lui donner par écrit les motifs de son renvoi.

Favre ayant demandé à Swift, vers la fin de Septembre, s'il avait trouvé une autre place, celui-ci répondit qu'il s'en tenait simplement à la convention signée le 28 Décembre 1889. Devant le Tribunal d'appel des Prud'hommes, Favre fait observer que cette invocation par Swift de la convention de 1889 est en contradiction flagrante avec ses précédentes affirmations portant qu'il a déchiré et brûlé ces contrats.

C'est à la suite de ces faits que Swift a assigné Degrange & Cie devant le Tribunal des Prud'hommes, groupe X: 1° en paiement de 21 250 francs pour rupture de la convention intervenue entre les parties le 28 Décembre 1889, 2° pour ouïr déclarer nulle et sans effet la clause des conventions aux termes de laquelle Swift s'engageait à ne s'intéresser ni directement ni indirectement dans aucune autre fabrique similaire en Suisse pendant l'espace de 10 ans au moins à partir de sa sortie de la maison Ch. Degrange & Cie, 3° en paiement au requérant du 5 % sur les bénéfices annuels de la fabrique pendant les années 1887, 1888, 1889 et 1890, et déclarer résiliées, par la faute de Degrange & Cie, les conventions intervenues entre les parties.

Favre, au nom de Degrange & Cie, a conclu de son côté à ce qu'il plaise au Tribunal des Prud'hommes: 1° déclarer la convention du 28 Décembre 1889 nulle et non avenue; 2° exiger d'une manière formelle l'exécution de la clause de l'ancienne convention, qui interdit à Swift de s'intéresser dans aucune maison similaire en Suisse pendant 10 ans à partir de sa sortie de la fabrique Degrange & Cie; 3° quant à la part de 5 % sur les bénéfices annuels nets, Favre déclare que la fabrique n'en a pas fait pendant les années 1887 et 1888; qu'en 1889 le boni a été employé pour l'amortissement du matériel, conformément à l'art. X de l'acte d'association.

Deux témoins furent entendus par le tribunal. L'un, le sieur Défer, a déclaré que Swift lui disait ne vouloir pas renouveler une convention qu'il préfère continuer de 3 mois en 3 mois, et que par suite d'une altercation avec M. Degrange il avait jeté les contrats au feu. L'autre témoin, E. Giraud, directeur actuel de la fabrique de poterie de Carouge, a déposé qu'il n'entra en pourparlers avec Degrange & Cie, concernant la place qu'il occupe, que les premiers jours de Juillet 1890; que le 17 dit il reçut de Degrange & Cie une lettre lui enjoignant de ne venir que dans 3 mois, vu que Swift ne pourra pas céder sa place avant. Le témoin ajoute que, bien qu'il soit en droit d'exiger une convention à plus long terme, il préfère l'engagement actuel, avec renouvellement tous les 3 mois.

A l'audience du Tribunal du 5 Décembre 1890, Swift déclara ne pas connaître suffisamment le français et proposa un interprète dans la personne de sa belle-mère; sur l'opposition de la partie adverse, le Tribunal renvoya la cause au 10 du même mois.

Le dit jour, un interprète fut désigné, mais Swift déclara vouloir s'expliquer lui-même en français. Après avoir entendu les parties, le Tribunal a débouté Swift de ses deux premières conclusions, et vu le désaccord des parties sur le chiffre des bénéfices réalisés dans les années 1887 à 1890, nommé un expert aux fins de le déterminer.

Par arrêt du 19 Décembre 1890, la chambre d'appel des Prud'hommes a confirmé la sentence des premiers juges, et statué comme il a été dit plus haut.

Swift recourut devant le Tribunal fédéral, lequel, par arrêt du 24 Janvier 1891, décida de ne pas entrer en matière sur le recours, attendu que le jugement attaqué ne statuait pas sur toutes les conclusions de la demande.

Par jugement du 13 Mars 1891, le Tribunal des Prud'hommes, comblant cette lacune, a condamné Degrange & Cie à payer à Swift la somme de 1314 fr. 70 c. pour sa part des bénéfices nets jusqu'au 30 Septembre 1890, date de la sortie du demandeur de la maison défenderesse.

Swift recourt de nouveau au Tribunal fédéral, concluant comme il est dit ci-dessus. A l'appui de son recours, il avance en substance ce qui suit :

Le recours ne porte pas sur la fixation du 5 % des bénéfices nets annuels ; le recourant acquiesce sur ce point au jugement. Le litige ne subsiste que sur les points résolus par la chambre d'appel des Prud'hommes.

La connaissance imparfaite de la langue française par Swift a pour conséquence que le jugement n'a pu intervenir en pleine connaissance de cause.

Au fond, Swift proteste contre son renvoi par Degrange & Cie en Octobre 1890, malgré les clauses du contrat du 28 Décembre 1889, dont il produit un double signé par sa partie adverse. En décidant ce nonobstant qu'il n'existait pas de contrat entre parties, le Tribunal a violé les art. 9, 12, 14, 110 et suivants du C. O. Peu importe que le double produit soit revêtu de la seule signature de Degrange & Cie ; le contrat de louage de services n'est soumis à aucune formalité particulière, au point de vue de sa validité.

La défense faite à Swift, par l'arrêt attaqué, d'exercer en Suisse une industrie similaire pendant le terme de 10 ans, est contraire à l'art. 17 C. O. ; en tout cas cette clause n'aurait pu être appliquée au recourant que s'il eût quitté le service de Degrange & Cie immédiatement à l'expiration du premier contrat.

En droit :

2° La compétence du Tribunal fédéral est indéniable en la cause, et n'a point été contestée. Il s'agit en effet de l'application du Code fédéral des obligations par un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale des Prud'hommes, et l'objet du litige est d'une valeur incontestablement supérieure à 3000 francs. Toutes les conditions requises par l'art. 29 de la Loi sur l'organisation judiciaire fédérale se trouvent donc réalisées dans l'espèce.

3° La première question que fait naître la présente contestation est celle de savoir si un contrat valable a été lié entre parties à la date du 28 Décembre 1889. A cet égard

l'art. 14 C. O. stipule que lorsque les parties sont convenues de donner à un contrat une forme spéciale, bien que la loi ne le prescrive pas, elles sont présumées n'avoir entendu se lier qu'à partir de l'accomplissement de cette forme, et que s'il s'agit de la forme écrite, les art. 12 et 13 font règle.

Le Code des obligations ne prévoyant pas la forme écrite pour le contrat de louage de services, il y a lieu d'admettre que, dans le cas particulier, les parties ont entendu donner à leur contrat la forme écrite ; cette présomption résulte à l'évidence du fait que les deux doubles écrits du dit contrat ont été remis par Degrange à Swift.

L'art. 12 C. O. dispose que le contrat pour lequel la Loi prescrit la forme écrite doit porter la signature de toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. Dans l'espèce le projet de contrat n'a point été muni de la signature du recourant ; en outre il est nécessaire, pour la perfection du contrat, que chaque partie échange son double signé par elle, avec celui de la partie cocontractante. Il est établi que Swift a reçu les deux doubles du contrat muni de la signature de Degrange, afin de les signer à son tour et d'en remettre un en main de ce dernier, mais rien ne démontre que cette remise ait effectivement eu lieu. Swift prétend, il est vrai, que le double destiné à Degrange a été pris sur son pupitre par Favre, associé de la maison Degrange & Cie ; mais cette allégation, contestée par la partie Degrange, n'a point été prouvée à satisfaction de droit. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu d'admettre qu'un contrat valable ait été lié entre parties à la date du 28 Décembre 1889.

4° Les services de Swift ayant néanmoins continué dans la maison Degrange & Cie à partir de la fin de l'année 1889, terme auquel l'ancien contrat expirait, il y aurait lieu de faire application, dans cette situation et si aucune autre convention n'était intervenue entre parties, de l'art. 342 C. O., édictant que lorsqu'un louage de service a été conclu pour plus d'une année, il est réputé renouvelé pour une année si les services se prolongent, sans opposition de part ni d'autre, au delà de l'époque convenue. Il ressort toutefois des faits

de la cause que les parties avaient admis l'une et l'autre que les services de Swift continueraient sur la base de 5000 francs par an, mais avec faculté de résiliation de 3 en 3 mois. En effet, d'une part, la partie défenderesse a allégué cette entente, et ajouté que lorsque le 8 Juillet 1890 Favre signifia à Swift de se chercher une autre position, il ne lui fit pas d'autre objection que de réclamer un certificat, qu'il accepta après en avoir débattu les termes, — et, d'autre part, il appert de la déposition sermentale du témoin Défer, dont rien n'autorise à suspecter la véracité, que Swift lui a déclaré qu'il ne voulait pas renouveler un contrat avec Degrange & Cie autrement que de trois en trois mois, et que Swift lui a montré en outre une lettre reçue de l'Amérique du Sud, où on lui proposait une position plus avantageuse que celle qu'il occupait chez les défendeurs.

Le fait que Swift a admis la continuation du contrat avec faculté de résiliation de 3 en 3 mois se trouve corroboré par le certificat, daté du 8 Juillet 1890, qu'il a accepté de Degrange & Cie, et qui lui a été délivré par les défendeurs en vue de lui faciliter l'obtention d'une position plus avantageuse, vu son départ prochain de la maison. Le témoignage du sieur Giraud, engagé à cette même époque par Degrange & Cie pour le mois d'Octobre, en qualité de successeur de Swift, démontre que les défendeurs s'estimaient alors en droit de résilier le contrat, moyennant trois mois d'avertissement. La circonstance enfin que Swift après avoir reçu le certificat en question, est resté encore plus de 2 mois chez Degrange & Cie sans formuler aucune réclamation, est un indice de plus qu'il ne s'opposait point à la résiliation du contrat à 3 mois, et qu'il en admettait la légitimité.

Même en supposant qu'aucune entente ne soit intervenue entre les parties sur ce point, les conclusions du demandeur ne sauraient être accueillies, puisque, dans ce cas, les dispositions de l'art. 342 C. O. précitées, seraient applicables, et le contrat devait en tout cas prendre fin à l'expiration de l'année 1890.

5° La seconde conclusion du demandeur, tendant à l'annu-

lation de la clause de la convention lui interdisant de s'intéresser à une autre fabrique similaire en Suisse pendant 10 années, ne se justifie pas davantage.

L'insertion d'une pareille condition dans un contrat n'apparaît point, ainsi que le prétend le recourant, comme en opposition avec l'art. 17 C. O. lequel statue qu'un contrat ne peut avoir pour objet une clause impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs.

Il est en effet impossible de voir en quoi l'engagement pris par Swift, de renoncer à exercer son art en Suisse pendant quelques années et même pendant 10 ans, pourrait impliquer une atteinte portée aux bonnes mœurs, ou se caractériser comme une stipulation défendue.

Il y a lieu de reconnaître, au contraire, que cette clause de la convention de 1887, comme celle relative à la part des bénéfices, laquelle a reçu son exécution, et celle interdisant à Swift la divulgation des secrets de la fabrication, sont demeurées en vigueur, et qu'il n'a été dérogé au contrat qu'en ce qui a trait au chiffre du salaire de Swift, porté à 5000 francs, de l'aveu des deux parties, et à la faculté de résiliation de 3 en 3 mois.

La clause dont il s'agit n'eût pu être considérée comme caduque que si Degrange & Cie eussent résilié sans droit le contrat qui les liait au recourant; or tel n'a point été le cas, puisque Swift, en Juillet 1890, avait admis cette résiliation sans opposition.

Par ces motifs.

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la chambre d'appel des Prud'hommes de Genève, le 19 Décembre 1890, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

47. Urtheil vom 14. Mai 1891 in Sachen Schnarrwyler und Genossen gegen Gabriel.

A. Durch Urtheil vom 29. November 1890 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Die sieben Beklagten unter Ziffer 1 bis und mit 7 haben nach Maßgabe des Motivs 10 an den Kläger den Betrag von 1500 Fr. nebst Verzugszins seit 11. November 1885 zu bezahlen.

Dieselben haben im Fernern an denselben, und zwar hier solidarisch, den Betrag von 230 Fr. zu leisten. Beides nebst Verzugszins seit 11. November 1885. Mit allen weitergehenden Forderungen sei der Kläger abgewiesen.

2. Soweit über die ergangenen Prozeßkosten nicht schon definitiv anders entschieden wurde, habe die Gerichtskosten in beiden Instanzen der Kläger zu bezahlen, alle weitern Kosten seien gegenseitig weitgeschlagen.

Demnach habe Kläger an die Beklagten für bezahlte erstinstanzliche Gerichts- und Citationskosten 53 Fr. 75 Cts. zu vergüten.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Dr. Zemp 1131 Fr. 82 Cts. (worin die Kosten des nichteinläßlichen Verfahrens (in erster Instanz 251 Fr. 35 Cts.) inbegriffen sind.

b. Beklagte an Herrn Fürsprech F. J. Muff 1217 Fr. 10 Cts. (inbegriffen die Kosten des Beweisverfahrens zum ewigen Gedächtnisse mit 370 Fr. 05 Cts. und des nichteinläßlichen Verfahrens mit 249 Fr. 25 Cts.)

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten und, dem von ihnen ergriffenen Rechtsmittel sich anschließend, auch der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter der Beklagten und zwar, wie er ausdrücklich bemerkt, im Namen sämmtlicher Beklagten, es sei das vorinstanzliche Urtheil im Sinne der gänzlichen Abweisung der Klage und der Auflage sämmtlicher Kosten an den Kläger abzuändern.

Dagegen beantragt der Vertreter des Klägers, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil in dem Sinne abzuändern, daß dem Kläger eine Schadenersatzforderung von 11,711 Fr. 64 Cts. (statt 1500 Fr.) nebst Verzugszins seit 11. November 1885 zugesprochen werde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für alle Instanzen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger hat im Sommer 1885 (vom 1. Mai bis 11. November) die Käserei Herrendingen in Eschenbach betrieben und zu diesem Zwecke einer Anzahl von Landwirthen aus der Umgebung, insbesondere den Beklagten, die Milch ihrer Kühe für die genannte Zeit abgekauft. Ein schriftliches Vertragsinstrument d. d. 1. April 1885 enthält unter anderm folgende Bestimmungen: „1. Die Nachstehenden als Milchlieferanten der Käserei Herrendingen verpflichten sich, von der angegebenen Anzahl Kühe die Milch gesund und reinlich zu Handen des Käufers oder Käsers in die Käserei Herrendingen zu liefern und zwar vom 1. Mai bis 11. November 1885. 2. Die Lieferungszeit für die Milch ist Morgens von 6—7 Uhr festgesetzt; ebenso auch am Abend. 11. Zum Käsen schadhafte Milch kann vom Käser nach einmaliger Mahnung zurückgewiesen werden, bis konstatirt ist, daß die Milch zum Käsen wieder gesund ist. 12. Verdünnte Milch kann vom Käser nach einmaliger Mahnung zurückgewiesen werden, jedoch kann der betreffende Lieferant nicht mehr als für die in einem Monate gelieferte Milch gebüßt werden." Das Vertragsinstrument trägt die Unterschrift einer Anzahl Milchlieferanten, nicht dagegen diejenige des Käufers. Der Kläger gibt zu, daß nichtsdestoweniger ein gültiger Vertrag zu Stande gekommen sei; nur die Bestimmungen der Ziffer 11 und 12 des Vertragsinstruments habe er nicht genehmigt; im Uebrigen entspreche dasselbe den getroffenen Vereinbarungen. Schon früh im Sommer 1885 machte der Kläger die Wahrnehmung, daß die von ihm aus der gelieferten Milch fabrizirten Käse nicht gedeihen wollten, sondern theilweise sich blähten, Risse bekamen u. s. w.; er führte dies auf die Lieferung ungesunder Milch zurück und beklagte sich, schon seit Juni, sowohl gegenüber seinen Angestellten als gegenüber Milchlieferanten, fortwährend über die schlechte Qualität der gelieferten Milch, verlangte auch von

Milchlieferanten gelegentlich Abhülfe; weitere Schritte that er indeß damals nicht. Erst am 8. August 1885 fand, nachdem vorher eine Versammlung der Milchlieferanten zusammenberufen worden war, eine Untersuchung einzelner Ställe im Beisein zweier unparteiischer Sachkundiger statt, welche zur Folge hatte, daß bei den im Rubrum dieses Urtheils sub 8—12 bezeichneten Beklagten gewisse Uebelstände (zu hohe Temperatur in den Stallungen, unbrauchbares Trinkwasser) konstatirt und einzelne Kühe derselben wegen schlechter Milch „ausgestellt" wurden. Am 17. September 1885 sodann beantragte der Kläger beim Gerichtspräsidenten von Rothenburg die Anordnung einer Expertise zum ewigen Gedächtniß, einerseits über den schadhaften Zustand der Käse und die Größe des Schadens, andrerseits über die Ursachen jenes schadhaften Zustandes. Die Beweisaufnahme wurde vom Gerichtspräsidenten am 25. September, nach Anhörung der Gegenpartei, bewilligt. Am 4., 18. und 23. September enthob überdem der Kläger der ihm von den einzelnen Lieferanten gelieferten Milch Proben und übersandte dieselben dem luzernischen Kantonschemiker zur Untersuchung. Durch Gutachten vom 5., 22. und 24. September sprach sich der Kantonschemiker dahin aus, daß die Proben, welche der von den Beklagten Nr. 1 bis 7 gelieferten Milch enthoben worden waren, verschiedene krankhafte Erscheinungen (Epithel, Eiterkörperchen, Milchfetzen ꝛc.) aufweisen, während dagegen rücksichtlich der übrigen Milchproben die Untersuchung nichts derartiges konstatirte. Daraufhin zeigte der Kläger am 23. September 1885 den erwähnten sieben Lieferanten rechtlich an, daß er von ihnen keine Milch mehr annehme und sie für allen Schaden verantwortlich mache. Im Beweisverfahren zum ewigen Gedächtniß erstatteten die mit der Konstatirung des schadhaften Zustandes der Käse und der Größe des Schadens beauftragten Experten (Großrath Portmann, Käsehändler Schifferli und Senn Hodel) ihr Gutachten am 22. Oktober 1885; den Parteien wurde dasselbe am 13. November gleichen Jahres mitgetheilt. Die Untersuchung der Sachverständigen erstreckte sich auf die Produkte der Zeit vom 1. Mai bis 31. August inklusive. Die Sachverständigen gehen von der Voraussetzung aus, daß die Fabrikation unter den gegebenen Verhältnissen durchgängig Primawaare (im Werthe von 137 Fr. per 100 Kilos) hätte ergeben sollen; in Wirklichkeit

zerfallen aber die fabrizirten Käse in drei Klassen, nämlich in solche, welche nach Stoff, Stich und äußerer Beschaffenheit als Kaufmannsgut mittlerer Art und Güte bezeichnet werden können (im Werthe von 110 Fr. per 100 Kilos), in solche, welche als Ausschußwaare für die Ausfuhr untauglich, gleichwohl aber je nach Umständen ohne zu viel Schwierigkeiten verwerthbar seien (im Werthe von 85 Fr. per 100 Kilos), und in solche, welche derart schlecht seien, daß sie schwer zu qualifiziren und nur annäherungsweise auf 50 Fr. per 100 Kilos zu werthen seien. Auf Grund dieser Annahme gelangen die Experten dazu, den auf der Produktion der Monate Mai bis August eingetretenen Schaden auf 15,344 Fr. 40 Cts, zu taxiren. Die mit der Begutachtung der Ursachen des schadhaften Zustandes der Käse beauftragten chemischen Sachverständigen (Kantonschemiker Dr. Schuhmacher und Professor Felder) haben ihr Gutachten am 15. Dezember 1885 erstattet; den Parteien mitgetheilt wurde dasselbe am 22. gleichen Monats. Diese Sachverständigen sprechen sich dahin aus. Die Grundursache der auf abnorme Gährungs- und Fäulnißprozeße zurückzuführenden Schadhaftigkeit der Käse müsse in der zum Käsen verwendeten Milch gefunden werden, wenn auch andere Momente, Fehler der Fabrikation u. s. w., hinzugekommen sein mögen. Aus Milch mit den hier für einzelne Partien konstatirten krankhaften Erscheinnngen können normale Käse nicht erstellt werden. Die fraglichen Erscheinungen müssen erfahrungsgemäß auf einen Krankheitszustand der Kühe (Euterverhärtungen, Euterentzündungen, Leckſucht, Nymphomanie) zurückgeführt werden, dessen Ursache hinwiderum eine verschiedenartige sein könne, wie schlechte Besorgung der Kühe, schlechte Ventilation der Stallungen, schlechtes Trinkwasser und, nach neuesten Ansichten, auch unvernünftige Abgabe von Kraftfutter. Die schädlichen Wirkungen verkäster ungesunder Milch treten in der Regel erst nach einigen Tagen, ja erst nach einigen Wochen zu Tage. Das gewöhnlichste Mittel, um die Milch auf deren Gesundheit zu prüfen, sei die Beobachtung in sogenannten Scheidegläsern und diese einfachen Beobachtungen sollten fast täglich in jeder Sennerei gemacht werden. Dieselben hätten unfehlbar dem Sennen zeigen müssen, daß Milchfehler vorliegen. Durch rechtzeitige Ueberweisung an einen Fachmann hätte vermieden werden können, daß die Kalamität so

enorme Dimensionen annehme, wie dies hier geschehen sei. Mittlerweilen war der Kläger von einer Anzahl von Milchlieferanten auf Bezahlung des rückständigen Kaufpreises belangt worden, wogegen er unter Berufung auf die ihm wegen Lieferung ungesunder Milch zustehende Gegenforderung, Recht darschlug. Die betreffenden Lieferanten — unter ihnen die gegenwärtigen Beklagten — klagten hierauf ihre Forderungen gerichtlich ein. In dem sachbezüglichen Prozesse bestritt der (gegenwärtige) Kläger die Kompetenz der luzernischen Gerichte; als er mit dieser Einrede abgewiesen worden war, erklärte er am 17. August 1886 den Abstand unter Vorbehalt seiner Schadenersatzforderungen. Im Fernern hatten die Milchlieferanten im Befehlsverfahren die öffentliche Versteigerung der von den Schatzungsexperten in die III. Klasse rubrizirten schadhaften Käse, gegen den Widerspruch des Klägers, erwirkt. Die öffentliche Versteigerung erfolgte am 8. Mai 1886; sie ergab bei 136 zur Versteigerung gebrachten Käsen einen Erlös von 10,918 Fr. 94 Cts., während die Schatzungsexperten die 147 von ihnen in diese Klasse eingereihten Käse zu blos 6689 Fr. taxirt hatten. Am 31. August 1886 reichte der Kläger, nachdem die Ladung zum Aussöhnungsversuche am 13. gleichen Monats stattgefunden hatte, seine Schadenersatzklage gegen die gegenwärtigen Beklagten ein. Diese Klage wurde indeß von beiden kantonalen Instanzen, vom Obergerichte des Kantons Luzern durch Entscheid vom 21. Mai 1887, wegen mangelnder Spezifikation der Schadensforderung zurückgewiesen. Darauf reichte der Kläger am 16. September 1887 verbesserte Klage ein; mit derselben verlangte er solidarische Verurtheilung der Beklagten zu einer Entschädigung von 15,941 Fr. 58 Cts. nebst Verzugszins seit 11. November 1885 (nämlich 15,344 Fr. 43 Cts. für Minderwerth der in der Zeit vom 1. Mai bis 31. August 1885 fabrizirten Käse und 459 Fr. 95 Cts. für Kosten der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse). Er behauptet, die Beklagten haben nachweislich entweder (so die Beklagten Nr. 1—7) ungesunde Milch geliefert oder (so die Beklagten 8—12) kranke Kühe besessen, deren Milch nicht mehr habe angenommen werden können, ungesundes Trinkwasser für die Kühe verwendet oder es an der nöthigen Besorgung des Stalles fehlen lassen; darin liege sowohl eine Vertragsverletzung als eine uner-

laubte Handlung, kraft welcher ihm die Beklagten zu dem geforderten Schadenersatze solidarisch verpflichtet seien. Die Beklagten bestritten die Forderung grundsätzlich, indem sie der Klage unter Anderm den Einwand der Verjährung und den Einwand der verspäteten Mängelrüge entgegenstellten und überdem behaupteten, der eingetretene Schaden sei nicht auf mangelhafte Milchlieferung ihrerseits sondern auf Mängel der Fabrikation und die eigene Nachläßigkeit des Klägers zurückzuführen. Dem Kläger habe vertraglich nur das Recht zugestanden, ungesunde Milch zurückzuweisen, dagegen stehe ihm ein Recht auf Schadenersatz nicht zu, wenn er ungesunde Milch, in Folge Unterlassung der ihm obliegenden Prüfung, verwendet habe. Sie bestreiten daß zwischen ihnen irgendwelche Rechtsgemeinschaft bestehe und daß sie solidarisch haften. Die erste Instanz hat die Klage des gänzlichen abgewiesen, die zweite Instanz dagegen hat sie durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil gegenüber den Beklagten Ziffer 1—7 theilweise bis zum Betrage von 1500 Fr. und 230 Fr. gutgeheißen.

2. In rechtlicher Beziehung ist zunächst zu bemerken, daß die im Rubrum dieses Urtheils sub 8—12 bezeichneten Beklagten zur Beschwerde nicht berechtigt sind. Ihnen gegenüber hat die Vorinstanz die Klage in der Hauptsache gänzlich abgewiesen; ihre Beschwerde kann sich also nur gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt richten. Kostenentscheidungen kantonaler Gerichte aber können nicht selbständig an das Bundesgericht gezogen werden, da für die Verlegung der Prozeßkosten nicht das eidgenössische Privatrecht sondern das kantonale Prozeßrecht maßgebend ist.

3. Fragt sich sodann in erster Linie, ob die Einrede der Verjährung begründet sei, so sind hiefür die Bestimmungen über die Verjährung der Gewährleistungsklagen beim Kaufe (Art. 257 O.-R.) maßgebend. Die Vorschriften über die Verjährung von Schadenersatzklagen aus unerlaubten Handlungen (Art. 69 O.-R.) finden keine Anwendung. Zwar kann ja allerdings ein und derselbe Thatbestand einerseits eine Vertragsverletzung, andrerseits eine unerlaubte Handlung enthalten, so daß aus demselben konkurrirend eine Kontrakts- und eine Deliktsklage entspringen. Allein dies setzt eine Handlung voraus, welche, auch abgesehen von einer Vertragspflicht des Handelnden, als eine unerlaubte, widerrechtliche erscheint und daher selbständiger Entstehungsgrund einer Schaden-

erſatzobligation iſt; bloße Verletzungen eines Vertragsverhältniſſes, welche nicht eine neue ſelbſtändige Obligation begründen, ſondern nur eine bereits beſtehende Vertragsobligation umgeſtalten, gehören nicht hieher. Nun ſind im vorliegenden Falle die den Beklagten zur Laſt gelegten Thatſachen (die Lieferung von zur Käſefabrikation untauglicher Milch) nicht derart, daß darin etwas anderes denn die Verletzung vertraglicher Rechte und Pflichten gefunden werden könnte. Die Lieferung ſolcher Milch iſt durch kein Geſetz allgemein verboten; ſie verſtößt alſo gegen kein jeden Bürger treffendes Verbot der Rechtsordnung, ſondern erſcheint als rechtswidrig lediglich mit Rückſicht auf das zwiſchen den Parteien beſtehende beſondere vertragliche Rechtsverhältniß; ſie involvirt alſo lediglich eine Vertragsverletzung, nicht aber ein Delikt. Wenn freilich die Beklagten wiſſentlich, mit dem Bewußtſein, daß durch deren Beimengung der Fabrikationszweck vereitelt werde, untaugliche Milch geliefert hätten, ſo läge ein Delikt, eine böswillige Vermögensbeſchädigung, allerdings vor. Allein ein hierauf gerichteter Beweis iſt nicht angetreten und noch weniger geleiſtet. Es kann ſich alſo, wie geſagt, lediglich um eine Kontraktsklage handeln.

4. Nach Art. 257 O.-R. verjähren die Klagen auf Gewährleiſtung wegen Sachmängeln mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer, ſelbſt wenn dieſer die Mängel erſt ſpäter entdecken ſollte. Die „Ablieferung" an den Käufer iſt mit demjenigen Momente vollendet, wo ihm die Möglichkeit thatſächlicher Verfügung über die Waare, ſpeziell zum Zwecke der Prüfung ihrer Empfangbarkeit, gegeben iſt. Nun wurde im vorliegenden Falle die Milch täglich zweimal dem Käufer zur Käſerei geliefert und ihm dadurch die Möglichkeit der Prüfung der betreffenden Lieferungen gegeben. Von dieſem Momente an läuft für jede einzelne Lieferung die Verjährung der Gewährleiſtungsklagen. Die Vorinſtanz verneint dies; ſie führt aus, nach der beſondern Natur der Verhältniſſe könne offenbar nicht jede einzelne tägliche Lieferung für ſich als Ausgangspunkt für den Lauf der Verjährung in's Auge gefaßt werden, ſondern müſſen ſämmtliche Lieferungen als ein Ganzes betrachtet werden. Als der Anfangspunkt der einjährigen Verjährungsfriſt ſtelle ſich demgemäß der 31. Auguſt 1885 dar, das heißt der Endpunkt der hier in Betracht fallenden Lieferungen

überhaupt. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Es handelt sich um einen Kauf, bei welchem die Waare vertragsgemäß in periodischen Raten (je zweimal täglich) zu liefern war. Das Gesetz bestimmt nun in Betreff solcher Käufe mit Ratenlieferungen nichts besonderes; es muß daher dabei sein Bewenden haben, daß die Verjährung der Gewährleistungsklagen jeweilen mit der Ablieferung einer Waarenpartie beginnt und es darf nicht der Beginn der Verjährung für einzelne Ratenlieferungen deßhalb über den gesetzlichen Termin der Ablieferung der Waare hinaus verlegt werden, weil später weitere Lieferungen nachfolgen sollen. So wenig wie bei Ratenkäufen die Rügefrist des Art. 246 O.-R. für die sämmtlichen Partien der Waare erst mit der letzten Ratenlieferung beginnt, so wenig kann dies für die Verjährungsfrist der Gewährleistungsklagen gelten. Es würde denn auch die Ansicht der Vorinstanz für Kaufverträge, welche periodische Lieferungen während längern Zeiträumen zum Gegenstand haben, zu einer, der Absicht des Gesetzes (welche unverkennbar auf rasche Abwickelung der Gewährleistungsansprüche gerichtet ist) völlig widersprechenden, zeitlichen Ausdehnung der Haftung des Verkäufers führen.

5. Ist somit die Verjährung für jede tägliche Milchlieferung besonders zu berechnen, so ist klar, daß die Klage rücksichtlich der sämmtlichen vor dem 13. August 1885 stattgefundenen Milchlieferungen jedenfalls verjährt ist. Die Frist des Art. 257 O.-R. ist, wie sich aus dem Texte und Zusammenhange des Gesetzes unzweideutig ergibt, eine Verjährungsfrist, für deren Unterbrechung die Regeln des Art. 154 O.-R. gelten. Danach hat aber eine Unterbrechung frühestens durch die am 13. August 1886 stattgefundene Ladung zum amtlichen Sühneversuche (welche nach Art. 154 Ziffer 2 a. E. O.-R. der Klage gleichsteht) stattgefunden. Das Begehren um Veranstaltung einer Beweisführung zum ewigen Gedächtniß qualifizirt sich nicht als Klage, durch welche der Schadensersatzanspruch des Käufers rechtlich geltend gemacht worden wäre, sondern als ein Gesuch um eine Beweisaufnahme zum Zwecke der Vorbereitung späterer Klageerhebung; es ist also durch dasselbe die Verjährung nicht unterbrochen worden. Ebensowenig ist eine Unterbrechung der Verjährung durch einredeweise Geltendmachung der streitigen Ansprüche gegenüber

den auf Bezahlung des Kaufpreises gerichteten Klagen der Milchlieferanten erfolgt. Denn in den hierüber geführten Prozessen hat der gegenwärtige Kläger und damalige Beklagte zwar wohl bei Begründung seiner Kompetenzeinrede (wie früher bei Bestreitung der von den Milchlieferanten eingeleiteten Betreibungen) erklärt, daß ihm gegenüber den Forderungen der Milchlieferanten Gegenforderungen zustehen; allein er hat diese Gegenforderungen nicht wirklich einredeweise geltend gemacht, sondern vielmehr, nach Abweisung seiner Kompetenzeinrede, unter Wahrung späterer gesonderter Einklagung seiner Schadensersatzforderungen, den Abstand erklärt. Noch weniger natürlich waren die sonstigen außergerichtlichen Reklamationen und Erklärungen des Klägers, durch welche er zu erkennen gab, daß er Schadenersatzansprüche zu besitzen vermeine und später geltend zu machen gedenke, geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Dazu genügt die bloße Aeußerung der Absicht rechtlicher Geltendmachung eines Anspruches nicht, sondern bedarf es der Verwirklichung dieser Absicht durch die That.

6. Ist somit die Klage rücksichtlich der vor den 13. August 1885 fallenden Lieferungen verjährt, so kann dagegen das gleiche nicht auch für die spätern Lieferungen gesagt werden. Die Beklagten haben allerdings geltend gemacht, es sei durch die am 31. August 1886 eingereichte Klage respektive die entsprechende Ladung zum amtlichen Sühneversuch vom 13. gleichen Monats, die Verjährung überhaupt nicht unterbrochen worden, weil die Klage am 31. August 1886 wegen mangelnder Spezifikation angebrachtermaßen zurückgewiesen und nun die verbesserte Klage nicht binnen der sechszigtägigen Nachfrist des Art. 158 O.-R. angebracht worden sei. Dieses Vorbringen ist indeß, weil erst in der Duplik enthalten, von der Vorinstanz als verspätet nicht berücksichtigt worden und an diese Entscheidung als eine prozeßuale ist das Bundesgericht gebunden.

7. Allein es muß nun die Klage, auch insoweit sie nicht verjährt ist, abgewiesen werden und zwar aus einem doppelten Grunde: Einmal wegen Verspätung der Mängelrüge gemäß Art. 246 O.-R., sodann weil überhaupt ein Rechtsgrund, aus welchem die Beklagten zum Schadenersatze verpflichtet wären, nicht dargethan ist. In ersterer Richtung ist zu bemerken: Der Nach-

weis rechtzeitiger gehöriger Mängelrüge liegt dem Käufer ob. Nun ist, so viel den Akten zu entnehmen, jedenfalls in Betreff der einzig noch in Betracht kommenden Milchlieferungen der Beklagten aus der Zeit vom 13.—31. August 1885 eine wirksame Mängelrüge erst am 23. September gleichen Jahres erfolgt. Mag auch schon früher der Käufer über schlechte Qualität der Milch im Allgemeinen gegenüber von Milchlieferanten sich beklagt haben, so steht doch nicht fest, daß er vor dem 23. September 1885 die aus der kritischen Zeit herrührenden Milchlieferungen gerade der Beklagten diesen gegenüber, unter Bezeichnung der Mängel, beanstandet habe. Die Rüge vom 23. September 1885 aber ist eine verspätete. Zwar ist nach den Akten nicht mit Sicherheit zu beurtheilen, ob nach den Verhältnissen des Sennerei- respektive Käsereibetriebes zu der dem Käufer obliegenden übungsmäßigen ordentlichen Untersuchung der gelieferten Molken regelmäßig die blos äußerliche Prüfung durch Besehen und Verkosten u. dgl. genügt oder ob dazu auch die Vornahme weiterer Proben, vermittelst Scheidegläsern u. dgl., gehört; allein soviel ist jedenfalls festzuhalten, daß der Senn oder Käser sich mit einer blos äußerlichen Prüfung dann nicht begnügen darf, wenn Zweifel an der Beschaffenheit der Waare vorliegen, welche durch eine solche Prüfung nicht gehoben werden können. In diesem Falle liegt in der That auf der Hand, daß der ordnungsmäßige Geschäftsgang eine eingehende Prüfung erfordert und der Käufer fahrläßig handelt, wenn er die verdächtigen Molken ohne weiters, ohne solche Prüfung, zur Fabrikation verwendet, auf die Gefahr hin, daß dadurch der Zweck der Fabrikation vereitelt und, vielleicht durch die Beimengung relativ nicht bedeutender Quantitäten ungesunder Milch, ein ganz unverhältnißmäßiger Schaden entstehe. In casu nun lag für den Käufer, nach seinem eigenen Vorbringen, während der ganzen Zeit vom 13—31. August, ja schon viel früher, die dringendste Veranlassung vor, die gelieferten Molken jeweilen bei ihrer Lieferung genau zu prüfen oder prüfen zu lassen; er hat dies nicht gethan, sondern ist erst nach Mitte September zu Veranstaltung einer umfassenden Prüfung der Milchlieferungen und daraufhin zur Mängelrüge geschritten. Diese war mit Bezug auf die hier streitigen Lieferungen, deren letzte am 31. August erfolgte, aber offenbar verspätet. Uebrigens ist klar, daß wenn

eine Untersuchung der Milch der Beklagten um Mitte September die Untauglichkeit der damals von ihnen gelieferten Molken ergab, daraus noch nicht ohne weiters zu folgern ist, daß auch ihre frühern Lieferungen mangelhaft gewesen seien, ein solcher Schluß vielmehr durch Anführung weiterer Umstände gerechtfertigt werden müßte.

8. Zudem mangelt es, wie bemerkt, am Nachweise eines die Beklagten zum Schadenersatze verpflichtenden Rechtsgrundes. Die angestellte Klage ist weder die Wandelungs- noch die Preisminderungsklage, sondern eine selbständige (kontraktliche) Schadenersatzklage. Nun kann nach dem Gesetze (Art. 253 verbunden mit Art. 241 O.-R.) der Käufer einen je nach Umständen auf den unmittelbaren, durch die Lieferung fehlerhafter Waare verursachten, Schaden beschränkten oder aber auf weitern Schaden gehenden Schadenersatzanspruch mit der Wandelungsklage geltend machen. Dagegen spricht das Gesetz in den Bestimmungen über den Kaufvertrag von einer selbständigen Schadenersatzklage des Käufers nicht und es könnte daher aus Art. 254 Abs. 2 O.-R. die Schlußfolgerung gezogen werden wollen, daß eine solche überhaupt nicht zulässig, sondern der Käufer, wenn er die Wandelung nicht begehrt und nicht begehren kann, einzig auf den Preisminderungsanspruch beschränkt sei. Dies erscheint indeß doch nicht als richtig. Art. 254 Abs. 2 O.-R. hat nur die unabhängig von einem Verschulden bestehende kaufrechtliche Gewährleistungspflicht im Auge und es ist nach den allgemeinen auch für den Kauf geltenden Grundsätzen des Vertragsrechts (Art. 110 u. ff.) anzuerkennen, daß der Verkäufer stets, auch dann wenn die Wandelung wegen Veräußerung oder Verarbeitung der Sache durch den Käufer ausgeschlossen ist, schadenersatzpflichtig ist und also mit einer selbständigen Schadenersatzklage belangt werden kann, sofern die fehlerhafte Lieferung ihm zum Verschulden anzurechnen ist. Allein diese Schadensersatzpflicht des Verkäufers besteht nun eben (gleichwie gemäß Art. 277 O.-R. diejenige des Vermiethers) nur dann, wenn dem Verkäufer ein Verschulden nachgewiesen wird; die Beweislast hiefür trifft den Käufer. Und an diesem Beweise mangelt es nun im vorliegenden Falle durchaus. Der Kläger hat keine Thatumstände dargethan, aus welchen folgen würde, daß die Beklagten an der mangelhaften Beschaffenheit ihrer Lieferungen ein

Verschulden treffe. Die von den Sachverständigen über die möglichen Ursachen der ungesunden Beschaffenheit der Milch geäußerten Ansichten beweisen ein solches Verschulden nicht; sie thun nicht dar, daß und wie die einzelnen Beklagten es an der einem ordentlichen Landwirthe zuzumuthenden Sorgfalt in Bezug auf die Milchproduktion hätten fehlen lassen und ebenso ist nicht erwiesen, daß die Beklagten etwa wissentlich ungesunde Milch geliefert hätten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung der im Rubum dieses Urtheil sub 8—12 genannten Beklagten wird nicht eingetreten. Dagehen wird, unter Abweisung der Beschwerde des Klägers, die Weiterziehung der übrigen Beklagten dahin für begründet erklärt, daß in Abänderung des Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes der Kantons Luzern die Klage des gänzlichen abgewiesen wird.

---

48. Urtheil vom 5. Juni 1891 in Sachen Huet und Genossen gegen *Caisse des Propriétaires*.

A. Durch Urtheil vom 6. Mai 1890 hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden erkannt:

1. Das klägerische Begehren wird insoweit als berechtigt erklärt, als die Caisse des Propriétaires ein Konkursprivilegium blos für denjenigen Theil ihrer Forderung zu beanspruchen hat, welcher aus seit dem Tage des Liquidationsbeschlusses der Gesellschaft Kursaal Maloja (3. Januar 1885) an die Liquidatoren derselben gemachten Vorschüssen herrührt, wogegen sie für den Betrag der vorher gemachten Zahlungen in die fünfte Klasse zu kolloziren ist.

2. Derjenige Gewinn, welcher aus der Anfechtung und gerichtlichen Remedur des beklagtischen Privilegiumsanspruches, respektive des solchen anerkennenden Kreditorenbeschlusses erwächst, ist auf die Kläger und Intervenienten im Verhältniß ihrer ungedeckt bleibenden Guthaben an die Masse Kursaal Maloja beziehungs-

weise ihrer im Sinne der Erwägung 8 als Gläubiger der Masse Renesse Kursaal treffenden Antheile zu repartiren.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt, das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Die Weiterziehung der Kläger ist begründet und hat ein vom Kantonsgerichte Graubünden auf Grund der Art. 582 und 666 O.-R. angenommenes Vorzugsrecht der Caisse des Propriétaires in Brüssel für an die Privatliquidatoren der Aktiengesellschaft Hôtel Kursaal de la Maloja vor Konkursausbruch über letztere gemachte Vorschüsse nicht statt.

2. Dagegen sei das kantonsgerichtliche Urtheil vom 8. Mai 1890 für die Banque liégeoise und Henri Mans gegenüber der Caisse des Propriétiares inter partes lediglich in formelle Rechtskraft erwachsen.

3. Alles unter Kostenfolge.

Der Vertreter der Banque liégeoise in Lüttich beantragt, das Bundesgericht wolle erkennen, dieselbe habe an dem für die Klagepartei resultirenden Prozeßergebnisse nach Verhältniß ihrer Forderungen an die Konkursmasse Hotel Kursaal Maloja, einschließlich der von der Masse des Grafen Renesse hergeleiteten, zu partizipiren und es sei die Klagepartei zu einer Prozeßentschädigung an sie zu verurtheilen.

Der Vertreter des H. Mans stellt für seine Partei den gleichen Antrag.

Der Vertreter der Beklagten Caisse des Propriétaires trägt, indem er die Kompetenz des Bundesgerichtes bestreitet, auf Abweisung der Beschwerde der Gegenpartei und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an; er bemerkt, daß es zwar seiner Partei gleichgültig sein könne, wer sich in das etwa für die Klagepartei resultirende Prozeßergebniß theile, daß aber immerhin nur der beklagten Partei, nicht aber den Klägern eine Einwendung gegen die Berechtigung der Intervenienten zu Stellung ihrer Begehren zustehe und daß er eine solche nicht erhebe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 12. Januar 1882 wurde unter der Firma Société anonyme de l'Hôtel Kursaal Maloja eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Maloja (Gemeinde Stampa) zum Zwecke des Betriebes

eines Hotel-Kursaal auf Maloja gegründet. Am 3. Januar 1885 beschloß die Generalversammlung der Aktionäre mit Rücksicht auf die ungünstige Finanzlage dieser Gesellschaft deren Auflösung und die Liquidation des Gesellschaftsvermögens und bezeichnete als Liquidatoren, „welche kollektiv für die Aktiengesellschaft Kursaal de la Maloja in Liquidation rechtsverbindlich unterzeichnen werden," die Herren J. J. Dedual, alt Regierungsrath und Rechtsanwalt in Chur und Gustav Charlier, Ingenieur in Brüssel. Dieser Beschluß wurde im Handelsregister eingetragen und im schweizerischen Handelsamtsblatte vom 11. Februar 1885 veröffentlicht. Am 21. April 1885 schlossen die Liquidatoren mit der Aktiengesellschaft Caisse des Propriétaires in Brüssel einen Vertrag ab, wodurch letztere sich unter gewissen Bedingungen verpflichtete, die „für die Liquidation und den Unterhalt des Hotels und der Liegenschaften der Aktiengesellschaft Hôtel Kursaal de la Maloja" nöthigen Summen vorzuschießen. In Art. 2 dieses Vertrages ist bestimmt: Les liquidateurs garantissent à la Caisse pour ses avances la position privilégiée analogue à l'art. 162 du Code Grison, première classe, ces avances étant à considérer exclusivement comme frais de liquidation et dépenses faites pour l'entretien de l'immeuble et devant être payés avant tout antre créditeur. Am 30. Juni 1885 reichte der Liquidator J. J. Dedual dem Kreisgerichte Bergell einen Vermögensstatus der Gesellschaft Hotel Kursaal Maloja ein, woraus sich deren Ueberschuldung ergab; am 27. Juli gleichen Jahres eröffnete daraufhin das Kreisgericht den Konkurs über die Gesellschaft, indem es als Liquidatoren die bisherigen J. J. Dedual und G. Charlier sowie Thom. Fanconi in Samaden bezeichnete. Im Konkurse der Gesellschaft machte die Caisse des Propiétaires eine Forderung von 130,710 Fr. nebst Zinsen geltend, für welche sie nach Maßgabe des mit den Liquidatoren am 21. April 1885 abgeschlossenen Vertrages das Konkursprivileg erster Klasse beanspruchte. Die Konkursmasse Hotel Kursal Maloja erkannte durch wiederholte Beschlüsse von Gläubigerversammlungen sowohl die Forderung als das beanspruchte Konkursprivileg an. Dagegen wurden Forderung und Privileg von den gegenwärtigen Klägern, welche Forderungen im Konkurse der Gesellschaft angemeldet

hatten, bestritten. Dieselben erhoben gegen die Caisse des Propriétaires gerichtliche Klage, mit welcher sie Ausschluß der fraglichen Forderung von der Konkursmasse und Aberkennung des beanspruchten Vorrechts beantragten mit der Maßgabe, „daß die „aus der Nichtanerkennung der genannten Forderung und des genannten Privilegiums für die Konkursmasse resultirenden Vortheile lediglich denjenigen Gläubigern zu gute zu kommen haben, „welche am gegenwärtigen Prozeß als Kläger und Litiskonsorten „theilnehmen, soweit nämlich deren Forderungsrechte gehen." Im Prozesse schlossen sich der Klage als „Intervenienten" (unter Berufung auf § 49 der graubündnerischen Civilprozeßordnung) an die Banque liégeoise in Lüttich und H. Mans in Brüssel, welche theils direkt Gläubiger der Aktiengesellschaft Hotel Kursaal Maloja sind, theils in deren Konkurse als Gläubiger der Konkursmasse Renesse Rechte geltend machten, welche dieser gegenüber der Aktiengesellschaft zustehen sollen. Die Kläger bestritten den „Intervenienten" das Recht zum Anschluß an die Klage, indem sie wesentlich einwendeten, die Banque liégeoise habe in der Kreditorenversammlung für Anerkennung der Forderung und des Vorrechts der Caisse des Propriétaires gestimmt und sei daher zur Bestreitung nicht mehr befugt; die Ansprache der Masse Renesse an die Konkursmasse der Aktiengesellschaft, aus welcher H. Mans sein Recht zur Intervention einzig herleite, sei bestritten und nicht liquid. Die beklagte Caisse des Propriétaires ihrerseits bestritt die Berechtigung der Banque liégeoise und des H. Mans zum Anschlusse an die Klage eventuell nicht, trug dagegen sachlich auf gänzliche Abweisung der Klage an. Die erste Instanz (Bezirksgericht Maloja) hat ausgesprochen, es sei zum Prozesse neben den Klägern die Banque liégeoise legitimirt, nicht dagegen H. Mans; im Fernern hat sie die streitige Forderung anerkannt, dagegen das für dieselbe beanspruchte Vorrecht als gesetzlich unbegründet abgewiesen. Auf Appellation sämmtlicher Parteien hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt. In zweiter Instanz war der Bestand der Forderung der Beklagten nicht mehr bestritten, sondern nur noch das für dieselbe beanspruchte Vorrecht sowie die Berechtigung der Banque liégeoise und des H. Mans zum Anschlusse

an die Klage. Die Vorinstanz hat letztere (für beide sogenannten Intervenienten) anerkannt, ebenso das von der Beklagten beanspruchte Vorrecht, insoweit als die in Rede stehende Forderung wirklich aus Vorschüssen herrühre, welche auf Grund des Abkommens vom 21. April 1885 den Liquidatoren gemacht worden seien und nicht (wie dies für einen ziffermäßig nicht bezeichneten Theil der Forderung der Fall sei) aus frühern Vorschüssen.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes hängt davon ab, ob in der Sache eidgenössisches oder aber kantonales Recht anwendbar ist. Die übrigen Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz nämlich, insbesondere der gesetzliche Streitwerth, sind gegeben. Im Streite liegt das von der Caisse des Propiétaires, welche formell als Beklagte, materiell dagegen als Ansprecherin erscheint, für ihre Forderung von 130,710 Fr. beanspruchte Konkursvorrecht erster Klasse, welches von den Klägern im Interesse der vorgängigen Befriedigung ihrer Forderungen bestritten wird. Der Werth dieses streitigen Rechts übersteigt aber den Betrag von 3000 Fr. offenbar um ein bedeutendes.

3. Ueber den streitigen Anspruch (das bestrittene Konkursvorrecht) selbst ist nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden. Denn die Rangordnung der Gläubiger im Konkurse richtet sich (abgesehen vom Konkurse von Eisenbahngesellschaften) zur Zeit noch ausschließlich nach kantonalem Recht. Das kantonale nnd nicht das eidgenössische Recht bestimmt die Konkursklassen und die Kriterien, nach welchen sich die Einreihung der Forderungen in dieselben richtet. Zur Entscheidung über den Anspruch selbst ist also das Bundesgericht nicht kompetent. Dies schließt aber, gemäß der konstanten Praxis des Bundesgerichtes (siehe Entscheidung in Sachen Trafford gegen Blanc, Amtliche Sammlung VIII, S. 318 Erw. 3) nicht aus, daß das Bundesgericht insoweit kompetent ist, als über einzelne der Endentscheidung präjudizielle Rechtsfragen vom kantonalen Richter nach eidgenössischem Rechte entschieden worden ist oder zu entscheiden war. Insoweit ist eben der Rechtsstreit nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen und liegen daher die Voraussetzungen des Art. 29 O.-G. vor.

4. Wie sich nun aus dem Zusammenhange der Entscheidungsgründe der Vorinstanz ergibt, beruht deren Entscheidung auf der

Annahme, der Beschluß einer Aktiengesellschaft, sich aufzulösen und ihr Vermögen zu liquidiren, habe die Wirkung, daß das Vermögen der Verfügung der Organe der Aktiengesellschaft oder der Aktionäre entzogen werde und in seinem Bestande zur Zeit des Auflösungsbeschlusses eine zur Befriedigung der Gläubiger bestimmte Masse bilde, welche von den (in erster Linie offenbar als Vertreter der Gläubigerschaft aufgefaßten) Liquidatoren nach Rang und Recht zu vertheilen sei. Von dieser Auffassung ausgehend, gelangt die Vorinstanz zu dem Schlusse, daß zu Abwickelung der Gesellschaftsgeschäfte von den Liquidatoren kontrahirte Schulden in der Liquidation (wie die Massenschulden im Konkurse) vorab, vor allen andern Forderungen, zu befriedigen seien; dieses schon in der Liquidation bestehende Vorrecht übertrage sich sodann auch auf den Konkurs, wenn dieser der freiwilligen Liquidation nachfolge. Danach beruht denn die vorinstanzliche Entscheidung nicht ausschließlich auf kantonalem sondern theilweise auf eidgenössischem Rechte. Die Frage zwar, ob ein in der Liquidation der Aktiengesellschaft bestehendes Vorrecht der von den Liquidatoren kontrahirten Schulden auch im Konkurse Geltung habe, wäre kantonalen Rechtens. Dagegen ist die andere Frage, ob ein solches Vorrecht in der Liquidation der Aktiengesellschaft überhaupt bestehe, eidgenössischen Rechtens. Denn das Rechtsverhältniß der Aktiengesellschaft in Liquidation wird durchaus durch das eidgenössische Obligationenrecht und gar nicht mehr durch das kantonale Recht beherrscht. Das Bundesgericht ist demnach kompetent, die Frage zu prüfen, ob diejenige Auffassung der Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Aktiengesellschaft in Liquidation, wie sie der vorinstanzlichen Entscheidung zu Grunde liegt, dem eidgenössischen Rechte entspreche; ist dies zu verneinen, so muß die vorinstanzliche Entscheidung, da die fragliche Annahme für dieselbe kausal ist, aufgehoben werden, wogegen allerdings das Bundesgericht ein neues Urtheil über den streitigen Anspruch selbst (die kantonalrechtliche Frage des Konkursprivilegiums) nicht ausfällen kann, sondern die Sache zu neuerlicher Entscheidung auf Grund des bundesgerichtlichen Urtheils an die Vorinstanz zurückweisen muß.

5. Ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde im angegebenen Sinne kompetent, so muß sich zunächst fragen, ob die als Intervenienten aufgetretenen Parteien, welche binnen

nützlicher Frist ein Rechtsmittel gegen das angefochtene Urtheil nicht eingelegt haben, nichtsdestoweniger berechtigt seien, zu verlangen, daß eine von den Klägern erstrittene Abänderung dieses Urtheils auch ihnen zu gute komme, oder ob nicht vielmehr ihnen gegenüber dieses Urtheil in Rechtskraft erwachsen sei. Dabei ist vor Allem klar, daß von einem Anschlusse der Intervenienten an die Beschwerde der Klagpartei nicht die Rede sein, es sich vielmehr nur fragen kann, ob nicht die Ergreifung des Rechtsmittels durch die Hauptpartei ipso jure auch zu ihren Gunsten wirke. Diese Frage ist vom Bundesgerichte selbständig zu prüfen. Durch die Vorinstanz ist freilich in für das Bundesgericht verbindlicher Weise entschieden, daß die sogenannten Intervenienten berechtigt waren, sich vor den kantonalen Instanzen der Klage für ihre Forderungen anzuschließen. Allein dadurch ist nicht entschieden, ob sie gegen das kantonale Urtheil selbständig das Rechtsmittel der Weiterziehung an das Bundesgericht ergreifen mußten, oder vielmehr die Berufung der Hauptpartei auch für sie wirkte. Diese Frage ist nicht eine solche des kantonalen sondern des eidgenössischen Prozeßrechtes und an Hand der Vorschriften des eidgenössischen Rechtes beziehungsweise in Ermangelung ausdrücklicher bundesgesetzlicher Vorschriften an Hand allgemeiner Rechtsgrundsätze zu beurtheilen. Das kantonale Prozeßrecht kommt nur insofern in Betracht, als dadurch die rechtliche Stellung der Parteien vor den kantonalen Gerichten bestimmt wurde. Die Frage ist in erstterwähntem Sinne zu beantworten. Eine Nebenintervention liegt nicht vor. Die Intervenienten haben nicht einfach den Antrag der Kläger, daß zu deren Vortheil Bestand und Vorrecht der Forderung der Beklagten aberkannt werden, unterstützt, sondern sie haben sich der Bestreitung der Ansprüche der Beklagten zu ihrem eigenen Vortheil, mit dem Antrage, für ihre eigenen Forderungen an einem allfälligen Prozeßergebnisse zu partizipiren, gestützt auf § 163 des graubündnerischen Privatrechts angeschlossen. Ihre Stellung ist also nicht diejenige von Nebenintervenienten, sondern gleich derjenigen einer dritten Partei (eines Hauptintervenienten), welche auf den Streitgegenstand konkurrirend mit dem ursprünglichen Kläger Anspruch erhebt. Danach wirkte denn aber das von der ursprünglichen Klagepartei ergriffene Rechtsmittel nicht von selbst auch für die Intervenienten, sondern mußten diese das

Rechtsmittel selbständig ergreifen; andernfalls erwuchs das Urtheil ihnen gegenüber in Rechtskraft. Wenn die Beklagte heute geltend gemacht hat, nur sie, nicht aber die Kläger seien berechtigt, den Intervenienten diese Einwendung entgegen zu stellen, so ist dies nicht richtig. Denn die Intervention der Banque liégeoise und des H. Mans richtete sich ja nicht nur gegen die Beklagte, sondern auch gegen die Kläger, indem die Intervenienten konkurrirend mit diesen Anspruch auf das Prozeßergebniß erhoben.

6. Ist somit auf die Beschwerde der Kläger im oben angegebenen Sinne einzutreten, so erscheint dieselbe als begründet. Es kann in der That einem Zweifel nicht unterliegen, daß die vorinstanzliche Auffassung des Rechtsverhältnisses der Aktiengesellschaft in Liquidation eine rechtsirrthümliche ist. Durch den Auflösungsbeschluß wird das Vermögen der Aktiengesellschaft nicht der Disposition der Organe der Aktiengesellschaft oder der Aktionäre entzogen und den Gläubigern zur Befriedigung überwiesen. Die Aktiengesellschaft dauert vielmehr, zu Zwecken der Liquidation, als „Liquidationsverein auf Aktien" fort; die Liquidatoren sind, wie aus Art. 666 O.-R. sich unzweideutig ergibt, in keiner Weise Vertreter der Gesellschaftsgläubiger, sondern die Vertreter und Mandatare der Aktiengesellschaft in Liquidation; sie bilden den „Vorstand der Aktiengesellschaft in Liquidation," dessen Vollmacht nur eben mit Rücksicht auf den Eintritt der Gesellschaft in Liquidation beschränkt ist, wie ja denn auch gemäß Art. 666 O.-R. in der Regel die Liquidation durch die Verwaltung, die bisherigen Gesellschaftsorgane, geschieht. Eine Rangordnung der Gläubiger in der Liquidation und demgemäß Vorrechte gewisser Gläubiger in derselben gibt es überall nicht. Es gelten vielmehr für Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger nach wie vor dem Liquidationsbeschlusse die gleichen Grundsätze. Die Liquidatoren besitzen in dieser Richtung lediglich die gleichen Rechte und Pflichten, wie die Verwaltung der Aktiengesellschaft vor dem Auflösungsbeschlusse.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Gegenüber den Intervenienten, der Banque liégeoise in Lüttich und dem H. Mans in Brüssel, wird das angefochtene

Urtheil des Kantonsgerichtes des Kantons Graubünden vom 6. Mai 1890 als in Rechtskraft erwachsen erklärt.

2. Dagegen wird die Weiterziehung der Kläger N. Huet und Genossen dahin für begründet erklärt, daß das angefochtene Urtheil, soweit es den Klägern gegenüber das von der Beklagten beanspruchte Konkursvorrecht anerkennt, aufgehoben und die Sache zu erneuter Beurtheilung auf Grund der gegenwärtigen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

---

49. Urtheil vom 26. Juni 1891 in Sachen Bruhin gegen Bruhin.

A. Durch Urtheil vom 29. April 1891 hat das Obergericht des Kantons Zug erkannt:

1. Es sei unter Abweisung der Appellationsbeschwerde das kantonsgerichtliche Urtheil vom 23. März 1891 bestätigt;

2. Haben Appellanten ihre Kosten an sich zu tragen und an Appellaten 20 Fr. zu vergüten.

Das erstinstanzliche Urtheil des Kantonsgerichtes des Kantons Zug ging dahin: 1. Das klägerische Rechtsbegehren ist abgewiesen; 2. Haben Kläger ihre Kosten an sich zu tragen und den Beklagten an die ihrigen 85 Fr. zu vergüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt. Es seien die Beklagten gemäß dem Klagebegehren zu verurtheilen, als Rechtsnachfolger der Frau Barbara Bruhin geb. Trinkler den Klägern wegen ungerechtfertigter Bereicherung grundsätzlich Ersatz im Betrage von 6000 Fr. zu leisten unter Kostenfolge. Dagegen trägt der Anwalt der Beklagten auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nachdem das Bundesgericht in der Sache der Rekurrenten gegen die Gebrüder Clemenz, Kaspar und Fridolin Bruhin seine Entscheidungen vom 13. Juni und 18. Oktober 1890 gefällt hatte (siehe dieselben Amtliche Sammlung XVI, S. 397 u. ff.,

743 u. ff.), erhoben die Rekurrenten die gegenwärtige Klage gegen die Gebrüder Clemenz, Kaspar und Fridolin Bruhin (als Erben ihrer Mutter Barbara Bruhin geb. Trinkler) sowie gegen deren Vater Fridolin Bruhin (als Nutznießer der Hälfte des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau). Zur Begründung der Klage berufen sie sich in rechtlicher Beziehung auf die Art. 70 und 71 O.-R., indem sie im Wesentlichen ausführen: Sie haben in die Löschung der auf dem „Wiesried" der Frau Barbara Bruhin geb. Trinkler haftenden, ihnen als Sicherheit für Darlehnsforderungen an den Vater Fridolin Bruhin hinterlegten Gült über 6000 Fr. vom 8. November 1883 gemäß Schreiben des Rekurrenten Jakob Martin Bruhin an die Hypothekarkanzlei Zug vom 5. Januar 1886 ausdrücklich nur unter der Bedingung eingewilligt, daß das Wiesried wieder als zum ganzen, damals im Eigenthum der Frau Barbara Bruhin stehenden, Oberblachenheimwesen gehörend eingetragen werde, respektive für sämmtliche, auf letzterem haftende, den Rekurrenten eingesetzte Gülten als Unterpfand eingesetzt bleiben solle. Diese Bedingung sei aber nicht erfüllt worden. Eine hypothekarische Vereinigung des Wiesriedes mit der Gesammtliegenschaft „Oberblachen" oder die Errichtung einer Gült auf dieser Liegenschaft einschließlich des Wiesriedes sei nicht erfolgt; vielmehr habe Vater Bruhin die Oberblachenliegenschaft ohne das Wiesried von seiner Frau erworben, so daß letzteres in dem bald darauf erfolgten Auffalle über die Oberblachenliegenschaft nicht inbegriffen gewesen, sondern im pfandfreien Eigenthum der Frau Bruhin verblieben sei; die Beklagten, als Erben der inzwischen verstorbenen Frau Bruhin, besitzen daher dasselbe pfandfrei, während die Rekurrenten im Fallimente des Vaters Bruhin erhebliche Verluste erlitten haben. Die Beklagten seien in Folge dessen auf Kosten der Rekurrenten ungerechtfertigt bereichert. Die Beklagten bestreiten, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliege; überdem haben die beklagten Söhne Bruhin gestützt auf die frühern, zwischen ihnen und den Rekurrenten ergangenen kantonalen und bundesgerichtlichen Urtheile die Einrede der abgeurtheilten Sache erhoben.

2. Die von den Gebrüdern Bruhin erhobene Einrede der abgeurtheilten Sache, über welche sich die Vorinstanz nicht ausgesprochen hat, welche aber doch vorab geprüft werden muß, ist

unbegründet. Denn es mangelt die Identität des Streitgegenstandes. In dem frühern Prozesse war, wie in den Entscheidungen des Bundesgerichtes vom 13. Juni und 18. Oktober 1890 ausgeführt und begründet ist, ausschließlich eine Kontraktsklage auf Erfüllung eines Vertrages eventuell Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines solchen und gar nicht, weder prinzipal noch eventuell, die Bereicherungsklage erhoben; im gegenwärtigen Prozesse dagegen ist in der That ein Bereicherungsanspruch erhoben. Es wird somit aus einem verschiedenen Klagegrunde geklagt, nicht etwa nur gestützt auf eine verschiedene rechtliche Qualifikation des Thatbestandes. Diese Verschiedenheit des Klagegrundes schließt die Identität der Streitsache d. h. des streitigen Anspruches aus.

3. In der Sache selbst erscheint die Klage als eine condictio causa data causa non secuta; die Rekurrenten behaupten, die Voraussetzung, unter welcher einzig sie in die Löschung der Gült vom 8. November 1883 eingewilligt haben, nämlich die hypothekarische Vereinigung des „Wiesriedes" mit der Gesammtliegenschaft Oberblachen, sei nicht in Erfüllung gegangen und die Beklagten haften ihnen daher, nachdem der Grund, aus welchem sie die Löschung der Gült bewilligt haben, nicht in Erfüllung gegangen sei, auf die Bereicherung. (Art. 71 O.-R.) Wenn nun nach der Erklärung der Rekurrenten an die zugerische Hypothekarkanzlei vom 5. Januar 1886 weitere Vereinbarungen der Parteien nicht getroffen worden wären, so möchte wohl ein Bereicherungsanspruch prinzipiell begründet sein, der aber immmerhin nicht ohne weiters auf Zahlung von 6000 Fr. gerichtet werden könnte, sondern in erster Linie auf Wiederherstellung der gelöschten Gült gehen müßte. Denn es ist in der That richtig, daß diejenige Leistung anderweitiger Sicherheit, in deren Erwartung die Löschungsbewilligung geschah, nicht erfolgt ist und eine vertragliche Vereinbarung mit der Eigenthümerin des belasteten Grundstückes über den zu leistenden Ersatz bestand zur Zeit der Löschungsbewilligung nicht. Allein aus den Akten geht nun klar hervor, daß nach der Löschung der Gült vom 8. November 1883 die Parteien sich über die für diese Löschung zu machende Gegenleistung vertraglich geeinigt haben. Sie haben als solche diejenige Verpflichtung vereinbart, welche Frau Barbara Bruhin durch Akt vom 26. Juni 1887 übernahm, nämlich die Verpflichtung der

letztern, auf ihrer Liegenschaft „Oberblachen" in Neuheim eine Gült von 6000 Fr. zu errichten, „wofür eine solche Gült unterm 8. November 1883 auf zwei Riedern errichtet, aber wieder annullirt worden ist." Nach dem Inhalte dieses Aktes kann gewiß kein Zweifel darüber obwalten, daß dadurch der Ersatz bestimmt werden soll, welcher den Rekurrenten für die gelöschte Gült zu leisten ist. Diese Verpflichtung vom 26. Juni 1887 ist auch zweifellos gültig eingegangen. Ist aber danach ein gültiger Vertrag über die für die Zuwendung der Rekurrenten (die Löschung der Gült) zu machende Gegenleistung zu Stande gekommen, so ist klar, daß nicht mehr mit der condictio causa data causa non secuta Rückgabe des Geleisteten respektive Herausgabe der Bereicherung verlangt, sondern daß nur noch mit der Vertragsklage auf Erfüllung des Vertrages, auf die vertragliche Gegenleistung, geklagt werden kann. Dies ist denn auch durch die frühere, gegen die Söhne Bruhin gerichtete Klage der Rekurrenten geschehen, die Klage aber von den kantonalen Gerichten abgewiesen worden, weil nicht dargethan sei, daß das Pfandbestellungsversprechen der Mutter Bruhin vom 26. Juni 1887 sich auf das Wiesried miterstrecke. Bei dieser im gegenwärtigen Prozesse von den kantonalen Gerichten festgehaltenen Entscheidung muß es lediglich sein Bewenden haben, da deren Richtigkeit sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzieht, wie dies in seiner Entscheidung vom 13. Juni 1890 ausgeführt ist. Wenn die Rekurrenten noch darauf hingewiesen haben, daß eine Gülterrichtung nicht nur auf dem Wiesriede sondern auch auf dem Oberblachengute nicht erfolgt sei, so ist dies gewiß völlig gleichgültig, da die Rekurrenten die Errichtung einer solchen Gült jeden Augenblick hätten veranlassen können, dies aber wegen mangelnden Interesses nicht gethan haben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Zug vom 29. April 1891 sein Bewenden.

V. Ausdehnung der Haftpflicht. — Extension de la responsabilité civile.

50. Urtheil vom 10. April 1891 in Sachen Zollinger gegen Baumwollspinnerei und Zwirnerei Niederuster.

A. Durch Urtheil vom 10. Februar 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Eine Staatsgebühr fällt außer Ansatz.
3. Die Kosten werden auf die Gerichtskasse übernommen.
4. Der Kläger hat die Beklagte für außergerichtliche Kosten und Umtriebe in beiden Instanzen mit 80 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: 1. Es sei dem Kläger auch für diese Instanz das Armenrecht zu bewilligen. 2. Es sei die Klage in vollem Umfange (Kapitalbetrag 4000 Fr. nebst Zinsen) gutzuheißen. 3. Es habe die beklagte Partei die Kosten des Prozesses zutragen und 4. Den Kläger prozeßualisch für alle drei Instanzen angemessen zu entschädigen. Er erklärt im Fernern zu Protokoll, daß er das Rechtsverhältniß des Klägers zu der Unfallversicherungsgesellschaft vorbehalte respektive dem Kläger das Klagerecht gegen diese wahre.

Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge (mit 150 Fr. Parteientschädigung für die bundesgerichtliche Instanz) an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger H. Zollinger war bei der beklagten Baumwollspinnerei und Zwirnerei Niederuster als Handlanger angestellt. Am 25. Februar 1890 hatte er, erhaltenem Auftrage gemäß, gemeinsam mit seinem Mitarbeiter Boßhard in die Sägerei der Gebrüder Lenzlinger in Niederuster (ein dem erweiterten Haftpflichtgesetze unterstehendes Etablissement) einen Wagen voll Holz gebracht welches dort geschnitten werden sollte, um später zur

Einzäunung des Umgeländes der beklagtischen Fabrikgebäude verwendet zu werden. Gegen Abend hatten Zollinger und Boßhardt das gesägte Holz wieder abzuholen. Als sie ankamen, war das Sägen noch nicht ganz beendigt; sie holten die fertigen Stücke nach und nach aus dem Sägeraum ab, wo sie dieselben vom Boden, links und rechts neben der Fraise, aufnahmen und luden sie auf den mitgebrachten, von einem Fuhrmann bedienten Wagen. Nachdem eben die letzte „Schwarte" durchsägt worden war und der Fraiser sich nach hinten begeben hatte, um dieselbe mit dem Beile loszuschlagen, versuchte Zollinger, angeblich weil der Fuhrmann pressirt habe, die Schwarte selbst vom Fraisetisch oder Schlitten wegzunehmen; dabei wurde er von der Fraise am rechten Arme erfaßt und derart verletzt, daß der Arm amputirt werden mußte. Wegen dieses Unfalles belangte er die Beklagte, gestützt auf Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes, auf Bezahlung der Arzt- und Heilungskosten sowie einer Entschädigung von 4000 Fr. nebst Zins à 5 % seit 25. Februar 1890. Die Beklagte bestritt, daß der Unfall sich in ihrem Betriebe und daß er sich bei einer mit dem Fabrikbetriebe zusammenhängenden Dienstverrichtung oder Hülfsarbeit ereignet habe, sowie daß der Kläger, der bloßer Handlanger sei, als Arbeiter der Fabrik betrachtet werden könne; eventuell machte sie die Einrede des Selbstverschuldens geltend. Die erste Instanz (Bezirksgericht Uster) hat in grundsätzlicher Bejahung der Haftpflicht der Beklagten, aber unter Annahme eines Mitverschuldens des Klägers, die Klage im reduzirten Betrage von 1500 Fr. gutgeheißen. Die zweite Instanz, durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil, hat dieselbe abgewiesen; sie nimmt an, die Thätigkeit, bei welcher der Kläger verletzt worden sei, stehe mit dem Fabrikbetriebe in keinem auch nur mittelbaren Zusammenhange. Als Fabrikbetrieb erscheine die Thätigkeit, welche auf Herstellung der materiellen Arbeitsprodukte, zu deren Erzeugung das Gewerbe diene, gerichtet sei. Mit der Erzeugung der Fabrikate einer Spinnerei stehe es aber in keinem auch nur mittelbaren Zusammenhange, wenn der Fabrikbesitzer auf der Grenze seines Besitzthums eine Hecke errichten wolle und den Handlanger schicke, um das für diese Hecke nöthige Holz in der Säge zu holen. Eine derartige Thätigkeit eines Hülfsarbeiters einer Fabrik falle so wenig unter das Haftpflichtgesetz, als etwa eine ihm auf-

getragene häusliche Arbeit. Wenn übrigens das erweiterte Haftpflichtgesetz auch anwendbar wäre, so müßte die Klage doch abgewiesen werden, weil der Kläger den Unfall selbst verschuldet habe.

2. In rechtlicher Beziehung ist grundsätzlich festzuhalten: Das erweiterte Haftpflichtgesetz (Art. 3 und 4) dehnt die Haftpflicht der Fabrikunternehmer auf alle auch blos mittelbar mit dem Fabrikbetriebe zusammenhängenden Dienstverrichtungen sowie auf die nicht zum Fabrikbetriebe im engern Sinne gehörigen, aber mit demselben in einem Zusammenhange stehenden Hülfsarbeiten aus. Dagegen erstreckt auch das erweiterte Haftpflichtgesetz (abgesehen von der hier nicht weiter in Betracht fallenden Vorschrift des Art. 2) die Haftpflicht nicht über den eigenen Gewerbebetrieb des Haftpflichtigen hinaus; es macht den Fabrikanten wohl für Betriebsunfälle im weitesten Sinne dieses Wortes verantwortlich, allein immerhin nur für die Betriebsunfälle *seines* Fabrikgewerbes, d. h. für die Unfälle, welche dem Betriebskreise *seines* Unternehmens entspringen, aus einer Thätigkeit entstehen, die dem auf *seine* Rechnung geführten Gewerbebetriebe zugehört. Dagegen erstreckt sich die Haftpflicht des Fabrikanten auch nach dem erweiterten Haftpflichtgesetze nicht auf solche Arbeiten, deren Ausführung überhaupt keinen Theil seines Gewerbebetriebes bildet, sondern die dem Betriebskreise eines andern Unternehmens angehören, insbesondere auch nicht auf solche Arbeiten, welche der Fabrikant einem dritten Unternehmer zur selbständigen Ausführung auf eigene Rechnung verdungen hat. Nun hat im vorliegenden Falle die beklagte Spinnerei nicht etwa die Sägereieinrichtung und die Dienste der Gebrüder Lenzlinger zum Zwecke des eigenen Sägens des Holzes gemiethet, sondern die Gebrüder Lenzlinger hatten das Sägen kraft Werkvertrages, als Unternehmer auf eigene Rechnung, übernommen. Sie hatten dieses Werk allein, ohne Mitwirkung der Leute der Spinnerei, auszuführen. Den letztern und speziell dem Kläger war festgestelltermaßen von der beklagten Spinnerei weder Auftrag noch auch nur Erlaubniß ertheilt worden, beim Sägen des Holzes mitzuwirken; ihre Aufgabe beschränkte sich auf den Transport; sie hatten das Holz zur Säge hin- und wieder zurückzubringen, auf- und abzuladen, nicht dagegen bei der Sägereiarbeit mitzuwirken; diese sollte nicht etwa durch Zusammenwirken der Leute der Spinnerei und der Sägerei

vollzogen werden, so daß von einem Ineinandergreifen der Betriebskreise gesprochen werden könnte, sondern sie war ausschließlich Sache der Sägereiunternehmer und ihrer Leute. Diese Arbeit fällt also gänzlich außerhalb des Betriebskreises der beklagten Spinnerei, sie gehört nicht zum Betriebe der Spinnerei sondern zu demjenigen der Sägerei der Gebrüder Lenzlinger. Zur Sägereiarbeit aber gehört gewiß auch das Auflegen des Holzes auf den Sägetisch und die Wegnahme der geschnittenen Stücke von diesem Tisch. Indem daher der Kläger in diese letztere Verrichtung, zudem in höchst unvorsichtiger Weise, eingriff, hat er keinenfalls eine zum Betriebe der beklagten Spinnerei gehörige Dienstverrichtung erfüllt, sondern sich unbefugt in den Betrieb der Sägerei der Gebrüder Lenzlinger eingemischt. Durch eine derartige unbefugte Einmischung des Arbeiters einer Fabrik in den Betriebskreis eines Dritten kann aber gewiß die Haftpflicht des Fabrikanten nicht ausgedehnt, auf Unfälle, welche der Arbeiter in dem fremden Gewerbebetriebe erleidet, nicht erstreckt werden. Es kann unter Umständen, wenn z. B. das Unternehmen, in welches der Arbeiter sich eingemischt hat, der Eisenbahnbetrieb ist, die Haftpflicht des dritten Unternehmers in Frage kommen; diejenige des Fabrikherrn, in dessen Dienst der Arbeiter steht, ist ausgeschlossen.

3. Ist die Klage schon aus diesem Grunde abzuweisen, so mag im Weitern bemerkt werden, daß, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Burkhalter gegen Fabrique de pâte de bois de Rondchâtel vom 8. November 1890 ausgeführt hat, zu den mit dem Betriebe in mittelbarem Zusammenhange stehenden Dienstverrichtungen oder zu den Hülfsarbeiten des Fabrikbetriebes im Sinne des erweiterten Haftpflichtgesetzes nur solche Arbeiten gehören, welche in einer, wenn auch vielleicht nur mittelbaren, Zweckbeziehung zum Betriebe des eigentlichen Fabrikationsgewerbes stehen. Von diesem Gesichtspunkte aus wäre die Anwendbarkeit des Haftpflichtgesetzes auf den vorliegenden Fall auch dann zweifelhaft, wenn der Unfall nicht durch das unbefugte Eingreifen des Klägers in den Sägereibetrieb verursacht worden wäre, sondern sich bei dem, dem Kläger aufgetragenen, Holztransporte ereignet hätte. Denn es kann kaum als erwiesen erachtet werden, daß dieser Transport beziehungsweise die Er-

stellung der Hecke, wegen welcher er angeordnet worden war, mit dem Betriebe der Fabrikation der beklagten Spinnerei näher oder entfernter zusammenhänge; es ist vielmehr nicht ausgeschlossen, daß die fragliche Einfriedigung zu ganz andern Zwecken, z. B. zum Schutze von Kulturen u. dgl., erstellt worden sei.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 10. Februar 1891 sein Bewenden.

VI. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten.

Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

51. *Arrêt du 1er Mai 1891 dans la cause Commune de Carouge contre Confédération suisse.*

Les parties reprennent leurs conclusions respectives, formulées dans leurs écritures; la demanderesse en modifie toutefois le chiffre comme suit:

Plaise au Tribunal fédéral lui allouer, à titre de restitution d'indemnité ensuite de la suppression de l'octroi:

pour les 4 derniers mois de l'année 1887 . .	Fr.	621 46
pour l'année 1888.	»	1864 40
pour l'année 1889.	»	1864 40
Total . .	Fr.	4350 26

La demanderesse se réserve, en outre, pour le cas où ses conclusions seraient admises, de réclamer ultérieurement le montant de 1864 fr. 40 c., afférent à l'exercice de 1890, lequel n'était pas exigible lors de l'introduction de la présente action.

La Confédération conclut en première ligne, exceptionnellement, à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral se déclarer d'office incompétent en la cause, et, subsidiairement, au rejet de la demande au fond.

Ouï le juge délégué en son rapport.

Statuant et considérant :

En fait :

1° L'art. 31 de la Constitution fédérale garantit la liberté de commerce et d'industrie dans toute l'étendue de la Confédération, en réservant, entre autres, sous lettre *a*, les droits d'entrée sur les vins et les boissons spiritueuses, ainsi que les autres droits de consommation formellement reconnus par la Confédération, à teneur de l'art. 32.

Le dit art. 32 autorise les cantons à percevoir les droits d'entrée sur les vins et les boissons spiritueuses prévus à l'art. 31, lettre *a*, précité, ce sous diverses restrictions, et dispose, dans son alinéa final, que tous les droits d'entrée perçus actuellement par les cantons, ainsi que les droits analogues perçus par les communes, doivent disparaître sans indemnité à l'expiration de l'année 1890.

Le 25 Octobre 1885 une revision partielle de la Constitution fédérale a apporté, entre autres, à ces deux articles les modifications suivantes :

A l'art. 31, le mot « autres » est intercalé avant ceux de « boissons spiritueuses. »

Après l'art. 32 vient se placer un nouvel article 32 *bis* disposant entre autres :

« La Confédération a le droit de décréter, par voie législative, des prescriptions sur la fabrication et la vente » des boissons distillées, etc.

» Après l'abolition des droits d'entrée sur les boissons » spiritueuses mentionnées à l'art. 32 de la Constitution fédérale, le commerce des boissons alcooliques non distillées » ne pourra plus être soumis par les cantons à aucun impôt » spécial, ni à d'autres restrictions, que celles qui sont nécessaires pour protéger le consommateur contre les boissons falsifiées ou nuisibles à la santé. Restent toutefois » réservées, en ce qui concerne l'exploitation des auberges

» et la vente en détail de quantités inférieures à deux litres, » les compétences attribuées aux cantons par l'art. 31.

» Les recettes nettes de la Confédération résultant de la » distillation indigène et de l'élévation correspondante des » droits d'entrée sur les boissons distillées étrangères seront » réparties entre tous les cantons proportionnellement à » leur population de fait établie par le recensement fédéral » le plus récent. Les cantons sont tenus d'employer au » moins 10 % des recettes pour combattre l'alcoolisme dans » ses causes et dans ses effets. »

L'art. 6 suivant est inséré après l'art. 5 des dispositions transitoires :

« Si la Loi fédérale prévue par l'art. 32 *bis* est mise en » vigueur avant l'expiration de l'année 1890, les droits d'en- » trée perçus par les cantons sur les boissons spiritueuses, » en conformité de l'art. 32, seront abolis à partir de l'en- » trée en vigueur de cette loi.

» Si, dans ce cas, les parts revenant à ces cantons ou com- » munes sur la somme à répartir ne suffisaient pas à com- » penser les droits abolis calculés d'après la moyenne » annuelle du produit net de ces droits pendant les années » 1880 à 1884 inclusivement, le déficit des cantons ou com- » munes constitués en perte sera couvert, jusqu'à la fin de » l'année 1890, sur la somme qui reviendrait aux autres » cantons d'après le chiffre de leur population, et ce n'est » qu'après ce prélèvement que le reste sera réparti à ceux- » ci au prorata de leur population.

» La législation fédérale pourvoira, en outre, à ce que la » perte que pourrait entraîner l'application du présent ar- » rêté pour le fisc des cantons ou des communes intéressés » ne les frappe que graduellement et n'atteigne son chiffre » total qu'après une période transitoire jusqu'à 1895, les » sommes à allouer dans ce but devant être prélevées sur » les recettes nettes mentionnées à l'art. 32 *bis*, 4me alinéa. »

En exécution de ces principes l'Assemblée fédérale adopta, le 23 Décembre 1886, la Loi concernant les spiritueux, introduisant le monopole de la Confédération en cette matière,

et autorisant le Conseil fédéral à ordonner les mesures nécessaires à cet effet (voir dite Loi art. 10 et 20).

L'art. 10 statue entre autres que le Conseil fédéral peut réclamer la coopération des cantons, auquel cas il remboursera à ceux-ci les dépenses dont la justification sera fournie. Cette Loi fédérale, acceptée par le peuple le 15 Mai 1887, est entrée en vigueur le 27 dit, en ce sens que le Conseil fédéral fixera plus tard, par des décisions spéciales, le moment où les diverses parties de la Loi seront mises à exécution.

Ces décisions furent prises le 15 Juillet 1887, dont l'art. XI, qui constitue avec l'art. 6 précité des dispositions transitoires la base du procès actuel, stipule ce qui suit:

« Les droits d'entrée établis par les cantons et les com-
» munes sur les boissons spiritueuses (distillées ou fermen-
» tées), à teneur de l'art. 32 de la Constitution fédérale,
» sont abolis dès et y compris le 1er Septembre 1887.

» Dans le compte qui sera établi en application de l'art. 6
» des 'dispositions transitoires de la Constitution fédérale,
» pour la compensation des droits abolis, les cantons et
» les communes intéressés seront crédités pour l'année 1887
» du produit net d'une année totale, d'après la moyenne des
» années 1880 à 1884, et débités de la recette nette qu'ils
» auront effectivement perçue en 1887. »

La commune de Carouge est une de ces communes intéressées; depuis le commencement du siècle elle percevait sous la dénomination d'octroi, une taxe, droit d'entrée ou de consommation, sur les boissons et denrées alimentaires solides, en particulier sur le vin, la bière, le vinaigre et le bétail.

Le Département fédéral des finances a indemnisé la commune de Carouge, conformément à l'art. 6 des dispositions transitoires plus haut reproduit, à partir du 1er Septembre 1887, pour la suppression de l'octroi par 23 994 francs annuellement. La commune de Carouge calcule la perte subie de ce chef à 25 969 fr. 01 c., d'où il résulte que, selon elle, et après la déduction de 110 francs comptés en trop par erreur, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la Confédération lui

aurait versé 1864 fr. 40 c. par an de trop peu : cette somme se décompose comme suit :

A. Solides	Fr.	304 40
B. Abonnement pour la bière	»	1000 —
C. » » le vinaigre	»	560 —
Total . .	Fr.	1864 40

Le Conseil fédéral ne conteste point que la moyenne réclamée par la commune de Carouge ne corresponde au produit réel de l'octroi, mais il estime que la somme annuelle de 1864 fr. 40 c., dont il s'agit, a trait à des droits pour la suppression desquels ni la Constitution, ni la Loi fédérale sur les spiritueux, ni la décision qui l'a suivie ne prévoient une indemnité. Cette différence serait, d'après le Conseil fédéral, relative à un impôt sur la fabrication, alors que la Constitution et la Loi ne prévoient d'indemnité qu'ensuite de la suppression des droits d'entrée.

La commune de Carouge recourut à l'Assemblée fédérale contre cette appréciation, contestant que la somme litigieuse se caractérise comme un impôt sur la fabrication, et estimant que la Loi fédérale, bien que sa lettre soit susceptible en partie d'une interprétation différente, a voulu, dans son esprit, indemniser les cantons et les communes intéressés pour tout le dommage à eux causé par suite de son entrée en vigueur.

Le 28 Mars 1889, le Conseil national a décidé que la demande de la commune de Carouge est déclarée bien fondée en ce sens qu'il lui sera versé une indemnité pour la suppression de ses recettes concernant les abonnements pour la bière, l'alcool destiné à la fabrication du vinaigre, et l'octroi sur les solides.

Le 12 Juin suivant, le Département fédéral des finances adresse à la Commission du Conseil des Etats chargée de l'examen du recours de la commune de Carouge un rapport tendant à démontrer que les abonnements de cette commune sur la bière et l'alcool servant à la fabrication du vinaigre ont le caractère d'impôts sur la fabrication.

Le Conseil des Etats, partageant l'opinion dn Conseil fédéral, rejeta le recours, et le Conseil national, revenant sur sa

décision précédente, adhéra à l'opinion et au vote du Conseil des Etats.

C'est ensuite de ces décisions que la commune de Carouge a introduit auprès du Tribunal de céans la présente action, concluant comme il a été dit ci-dessus.

A l'appui de sa demande, la dite commune fait valoir en substance :

La perception des droits sur les *solides* se faisait par les employés chargés de la perception des droits sur les liquides. Ensuite de la suppression de l'octroi sur les liquides, la commune ne pouvait plus continuer la perception des droits sur les solides, les frais de perception dépassant de beaucoup les sommes à percevoir. Il est juste et équitable dès lors que la somme de 304 fr. 40 c., réclamée de ce chef, lui soit allouée.

Quant à la somme de 1000 francs pour abonnement pour la bière, ce mode de paiement des droits avait été introduit pour rendre la perception moins pénible ; au lieu de percevoir des droits d'entrée chaque fois que le brasseur entrait ou débitait des tonneaux de bière, la commune lui avait consenti à forfait un abonnement annuel de 1000 francs ; ces abonnements portaient sur le droit d'octroi sur la bière que les abonnés vendront dans la commune, quelle que soit sa provenance ; ce n'était donc point là un droit de fabrication, mais un droit de consommation. Les art. 7 et 8 du règlement pour l'octroi municipal de Carouge ne soumettent aux droits que les objets consommés dans l'intérieur de la commune. Le paiement des droits d'octroi n'aura pas lieu sur la bière et les liqueurs fabriquées dans la commune, mais vendues hors de son territoire: la somme de 1000 francs, montant de l'abonnement du brasseur Fournaise, devait donc être comptée à la demanderesse.

Il en est de même pour la somme de 560 francs, montant de l'abonnement pour le vinaigre *vendu* dans la commune. Les alcools destinés à la fabrication du vinaigre comme les autres liqueurs fabriquées dans la commune et qui ne devaient pas y être consommées étaient mis au bénéfice d'un entrepôt à domicile, c'est-à-dire dispensés de tout droit, puisque s'ils sortaient de l'entrepôt les droits étaient restitués.

Dans sa réponse, le Conseil fédéral maintient le point de vue auquel il s'était déjà placé devant les Chambres, à savoir que les abonnements sur la bière et sur le vinaigre apparaissent comme un impôt de fabrication, ou de consommation, et nullement comme un droit d'entrée.

Le seul brasseur abonné a importé fort peu de bière du dehors, et la taxe qu'il payait était perçue pour la bière fabriquée et consommée à Carouge. Or une semblable taxe n'a pas été abolie par l'entrée en vigueur du monopole de l'alcool. Les art. 7 et 8 du règlement cité par la demanderesse démontrent également que l'abonnement n'était autre chose qu'un impôt de consommation ou de fabrication, et l'indemnité payée par la Confédération ensuite de la suppression d'un octroi ne se caractérisant pas, pour sa plus grande partie, comme un droit d'entrée, est déjà trop considérable ; en tout cas les abonnements sur la bière n'ont aucun droit à une indemnité. Il en est de même quant au vinaigre. Enfin l'octroi sur les solides ne fait pas non plus l'objet de l'indemnité prévue à l'art. 6 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale.

Dans leur réplique et duplique les parties reprennent, avec de nouveaux développements, leurs conclusions respectives.

En droit :

2° C'est à tort que la partie défenderesse, dans sa plaidoirie de ce jour seulement, a contesté la compétence du Tribunal de céans, par le motif que l'action actuelle n'apparaît point comme une contestation civile. La commune de Carouge réclame des dommages-intérêts pour la suppression de droits d'entrée, soit d'octroi, en se fondant sur ce qu'elle se trouve de ce fait lésée dans ses intérêts pécuniaires, et sur ce que d'ailleurs la Confédération s'était obligée à payer une indemnité en pareille occurence. Il ne s'agit ainsi point d'une question ressortissant au domaine du droit public. Il est, à cet égard, indifférent que l'on ne se trouve pas en présence d'un contrat de droit civil, et que l'objet de la contestation ait originairement sa source dans un droit régalien de l'Etat, puisque les droits supprimés ont donné naissance à des droits privés en faveur de la demanderesse, droits consacrés par la loi et constituant au profit de celle-ci une obligation *ex lege*.

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond du litige.

3° Il convient de rechercher tout d'abord si la demanderesse doit être aussi indemnisée pour les droits qu'elle percevait sur les solides, lesquels étaient exclusivement, il est vrai, des droits d'entrée, et pour ceux dont elle frappait la bière et le vinaigre, comme impôt de fabrication ou de consommation, en dehors des droits d'entrée proprement dits sur les boissons spiritueuses, pour la suppression desquels la Confédération reconnaît qu'il y a lieu de sa part à indemnité.

La thèse soutenue en réplique par la demanderesse, et consistant à dire que la commune de Carouge doit être indemnisée pour la perte entière qu'elle a subie ensuite de la suppression anticipée de l'octroi, et par conséquent non seulement pour les droits d'entrée proprement dits, mais aussi pour l'impôt de fabrication et de consommation, — ne saurait être admise. Il y a lieu de reconnaître au contraire qu'aux termes de la Constitution et de la loi, la demanderesse n'est point autorisée à réclamer un dédommagement pour la suppression de l'impôt de fabrication, soit de consommation sur la bière, le vinaigre et l'alcool destiné à la fabrication.

Il résulte, en effet, de l'art. 6 des dispositions transitoires que ce sont les *droits d'entrée* perçus par les cantons sur les boissons spiritueuses qui sont abolis à la suite de l'entrée en vigueur de la loi fédérale prévue par l'art. 32 *bis* de la Constitution fédérale, et l'art. XI de l'arrêté du Conseil fédéral du 15 Juillet 1887 dispose aussi expressément que les *droits d'entrée* établis par les cantons et les communes sur les boissons spiritueuses, à teneur de l'art. 32 de la Constitution fédérale, sont abolis dès et y compris le 1er Septembre 1887.

Il sort de là que l'indemnité à payer par la Confédération du chef de l'abolition des droits d'octroi ne doit s'appliquer qu'aux *droits d'entrée sur les boissons spiritueuses;* si le législateur eût voulu l'étendre aux « autres droits analogues » perçus par la commune, dont parle l'art. 32 de la Constitution, il n'eût certainement pas manqué de le dire expressément, soit à l'art. 32 *bis*, soit à l'art. XI de l'arrêté du 15 Juillet 1887, précités.

Le Conseil fédéral n'a jamais interprété autrement ces dispositions, dont la clarté ne laisse rien à désirer ; c'est dans ce sens qu'il les a appliquées aux cantons intéressés, lesquels n'ont point recouru contre cette interprétation ; il se justifie donc de la maintenir de tout point dans l'espèce actuelle.

4° Or, en examinant successivement les divers postes faisant l'objet de la demande, il faut se convaincre qu'à l'exception d'une partie très minime de l'abonnement Fournaise pour la bière, aucun d'entre eux n'a trait, ou ne peut être assimilé à la suppression d'un droit d'entrée sur boissons spiritueuses. En effet : *a*) Il est tout d'abord évident que le poste de 304 fr. 40 c. pour solides ne saurait rentrer à aucun point de vue sous cette rubrique. La demanderesse n'invoque d'ailleurs, à cet égard, que des considérations d'équité, étrangères à l'application stricte du droit, et dont, en présence des textes précis susvisés, le Tribunal de céans ne saurait tenir compte. Ni la Constitution ni la Loi, dans leurs dispositions susrappelées, ne touchent les impôts sur les solides, leur seul but étant de frapper les boissons spiritueuses seules en question. Même à supposer que les droits sur les solides puissent être considérés comme abolis au même titre que ceux sur les boissons spiritueuses, ce qui n'est pas, le fisc fédéral ne pourrait être tenu à indemniser, de ce chef, les cantons et les communes, puisque l'alinéa 2 de l'art. 6 des dispositions transitoires précité ne prévoit, comme devant faire l'objet de l'indemnité, que les droits d'entrée abolis sur les boissons spiritueuses.

b) Le poste de 1000 francs (abonnement pour la bière) apparaît également, pour autant qu'il comprend les droits perçus sur la bière fabriquée et consommée dans la commune, comme un impôt de consommation et non point comme l'équivalent de droits d'entrée ; l'art. 7 du règlement pour la perception de l'octroi municipal de Carouge édicte en effet que « devront être déclarés et seront passibles des droits, » les objets compris au tarif, récoltés, fabriqués et consom- » més dans l'intérieur de la commune » et que « les préposés » constateront les quantités de boissons récoltées et fabri- » quées, afin de prévenir les consommations frauduleuses. »

L'art. 8 *ibidem* dispose que « le droit d'octroi sur la bière » et les liqueurs fabriquées et consommées dans la commune » sera perçu d'après les quantités prises en charge par les » préposés de l'octroi, ensuite des déclarations qu'en feront » les brasseurs et distillateurs, au fur et à mesure de leur » fabrication, au bureau de l'octroi ; c'est-à-dire que ceux-ci » paieront le droit sur toutes les quantités fabriquées, ex- » cepté celles qu'ils justifieront avoir vendues hors de la » commune. »

En tant que le poste de 1000 francs consiste en l'équivalent d'un semblable impôt de consommation, et c'est le cas pour la presque totalité de cette somme, il ne saurait donc faire l'objet d'une indemnité, laquelle n'est due par la Confédération, ainsi qu'il a été dit, qu'ensuite de l'abolition de droits d'entrée sur les boissons spiritueuses.

Il est vrai que l'art. 3 du règlement d'octroi précité prévoit que « tout individu qui recevra ou achètera des objets soumis » à l'octroi, sera tenu d'en faire la déclaration, et ne pourra » les décharger qu'après en avoir acquitté les droits, » et que cette disposition frappe les bières étrangères, introduites et consommées dans la commune, d'un véritable droit d'entrée, bien qu'il fût restitué pour les quantités réexportées. La quantité de bière ainsi importée par le sieur Fournaise, seul abonné et payant le poste entier de 1000 francs, a été toutefois relativement fort minime, et paraît n'avoir été que d'un seul wagon, pendant toute la période de 1880 à 1884 ; il y a d'autant moins de raison de faire entrer en ligne de compte, comme devant donner lieu à indemnité, les droits payés de ce chef, qu'il est fort possible que la bière en question ait été réexportée, en tout ou en partie, et que le montant de ces droits ait été restitué totalement ou partiellement au prédit abonné, et qu'il eût, en tout cas, incombé à la demanderesse d'établir d'une manière précise la quantité de bière étrangère qu'elle prétend avoir été frappée de droits d'entrée.

c) Le poste de 560 francs, abonnement pour le vinaigre, ne peut pas être davantage assimilé à un équivalent pour des droits d'entrée sur des boissons spiritueuses, puisque, d'une part, il a été établi en procédure que les droits d'entrée sur

l'alcool dénaturé servant à la fabrication du vinaigre étaient restitués aux fabricants, et que, d'autre part, le vinaigre seul, fabriqué au moyen de cet alcool, et consommé dans la commune, était soumis à la taxe de consommation prévue à l'art. 7 précité du règlement sur l'octroi, laquelle, ainsi qu'on l'a vu, ne peut être à aucun point de vue considéré comme un droit d'entrée dans le sens de l'art. 6 des dispositions transitoires. Quant aux droits d'entrée qui peuvent avoir été perçus sur le vinaigre introduit dans la commune de Carouge, il n'a point été prétendu qu'ils rentrassent dans le montant de l'abonnement litigieux, et ils ne sont dès lors pas au procès; il n'y a donc pas lieu de résoudre la question abordée dans les écritures des parties, de savoir si ces droits d'entrée sur le vinaigre devraient être considérés comme perçus sur « une boisson spiritueuse. »

5° Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun des postes faisant l'objet des conclusions de la demande ne se caractérise comme un des « droits d'entrée perçus sur les boissons spiritueuses » dont la suppression, ensuite de l'entrée en vigueur de la loi fédérale concernant les spiritueux, du 23 Décembre 1886, doit être indemnisée conformément au prescrit des art. 32 *bis* et 6 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, et que les fins de la dite demande doivent être repoussées dans leur ensemble.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

La demande civile de la commune de Carouge est écartée.

Lausanne. — Imprimerie Georges Bridel & Cie

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

52. *Arrêt du 5 Septembre 1891, dans la cause Lamazure.*

Louis-Eugène Lamazure, qui a habité précédemment la Chaux-de-Fonds en qualité de notaire et d'avocat, a été appelé le 1er Avril 1889 à la direction d'un nouvel établissement de crédit qui venait de se fonder à Soleure, la Banque hypothécaire suisse. D'après le dire du recourant lui-même, il se rendit sans retard dans cette ville pour y préparer l'installation provisoire de la Banque, dont les premières opérations ne commencèrent qu'en automne. Il fit à cette époque de nombreuses courses, s'absentant souvent de Soleure, où il logeait à l'hôtel. A la fin de 1889 Lamazure tomba malade et séjourna quelques mois dans le Midi; il ne rentra à Soleure qu'au mois de Mars 1890.

La famille de Lamazure resta à la Chaux-de-Fonds encore pendant plus d'un an, et ne vint s'installer à Soleure qu'au

mois d'Octobre 1890. De plus, pendant les étés 1889 et 1890, Lamazure a fait avec sa famille un séjour de quelques semaines aux bains d'Attisholz.

L'autorité communale de Soleure a estimé que Lamazure devait l'impôt dans cette ville pour le second semestre de 1889 et pour l'année entière 1890. En conséquence elle l'a taxé de la manière suivante :

a) Fortune	Fr. 30 000
b) revenu 5000, moins déduction de 800 francs pour les charges de famille, 4200 francs capitalisés à 10 fois	» 42 000
Total . . .	Fr. 72 000

ce qui représente un impôt de 188 fr. 60 c., plus taxe de capitation de 2 francs en 1889 et de 3 francs en 1890, en sorte qu'il est réclamé à Lamazure 95 fr. 30 c. pour le second semestre 1889, et 191 fr. 60 c. pour l'année entière 1890, soit au total 286 fr. 90 c.

Lamazure a recouru contre cette imposition soit auprès de la commission d'impôt, soit auprès du Conseil d'Etat de Soleure, estimant que c'est à la Chaux-de-Fonds, où il a encore son domicile, qu'il doit payer l'impôt ; mais ces deux autorités ont écarté son recours, la seconde par décision du 27 Août 1890, motivée essentiellement sur ce que c'est à Soleure que Lamazure a son domicile.

Néanmoins il est exact que Lamazure a effectivement continué à payer à la Chaux-de-Fonds l'impôt communal de cette localité, ainsi que l'impôt cantonal neuchâtelois. Des quittances produites il résulte qu'il a payé pour 1889 l'impôt cantonal par 138 francs et l'impôt communal par 229 francs, cet impôt étant calculé sur 50 000 francs de fortune et 4000 francs de ressources et revenus.

Pour 1890 Lamazure a payé l'impôt cantonal seulement pour six mois, sur 50 000 francs de fortune et 4000 francs de ressources et revenus par 69 francs ; quant à l'impôt communal, il l'a payé pour l'année entière, par 135 francs, mais seulement sur 50 000 francs de fortune ; les ressources et

revenus n'ont pas été imposés. Enfin Lamazure a encore payé à la commune de la Chaux-de-Fonds l'impôt sur les locations, par 7 francs pour 1889 et 5 francs pour 1890. L'impôt communal est indiqué dans le bordereau comme étant dû non par le mari Lamazure, mais par sa femme, Elise-Henriette, née Robert-Brandt ; en outre, il résulte d'une lettre du Département des finances, du 15 Août 1890, que la commission d'impôt, considérant que la femme et les enfants du recourant continuaient à habiter la Chaux-de-Fonds, n'a fait que reporter, au nom de dame Lamazure, la cote qui était précédemment assignée à lui-même.

Les impôts payés par Lamazure à la Chaux-de-Fonds l'ont été le 23 Septembre 1890 pour l'impôt cantonal de 1890, et le 8 Septembre pour l'impôt communal.

Par acte parvenu au greffe fédéral le 27 Mai 1891, Lamazure s'est adressé au Tribunal fédéral par la voie de recours de droit public, concluant :

1° A ce que le Tribunal prononce que le dit recours soit déclaré fondé ;

2° Qu'il déclare que le recourant n'a pas à payer ses impôts une seconde fois ; que s'il doit en payer en tout ou en partie à Soleure, ceux qu'il a payés lui soient rendus ;

3° Que la commune de Soleure soit invitée à suspendre toute démarche contre lui jusqu'à ce que le présent recours ait reçu une solution ;

4° Que les frais du recours soient mis à la charge de la commune de Soleure.

A l'appui de son recours, Lamazure invoque l'art. 46 de la constitution fédérale ; il estime que c'est à la Chaux-de-Fonds qu'il devait payer, attendu que c'est là qu'il avait son logement, sa femme et ses enfants ; à Soleure il n'était qu'en passage, à l'hôtel, et il n'y a d'ailleurs déposé ses papiers à la police qu'en octobre 1890.

Le gouvernement de Soleure a conclu au rejet du recours, en se fondant surtout sur ce que le recourant, en sa qualité de directeur d'un établissement de crédit de Soleure, doit être considéré comme domicilié dans cette ville. Il importe

peu qu'il ait logé à l'hôtel, et qu'il n'ait pas effectué le dépôt de ses papiers ; de même le fait qu'il a payé des impôts à la Chaux-de-Fonds ne saurait le soustraire à la souveraineté fiscale de l'Etat de Soleure. Le gouvernement conteste de plus qu'il s'agisse en l'espèce d'un cas de double imposition, attendu que le recourant n'a pas établi que le produit de son travail, soit le gain que lui procure sa position à Soleure, ait été imposé à la Chaux-de-Fonds. Enfin il estime que, quant à l'impôt de 1890, le recourant est privé de tout droit de recours, à teneur du règlement d'impôt soleurois, attendu qu'il n'a pas fait sa déclaration. L'Etat de Soleure estime aussi que la question ne doit pas pouvoir être portée devant le Tribunal fédéral aussi longtemps que les autorités cantonales n'ont pas été appelées à statuer ; or elles n'ont prononcé qu'en ce qui concerne l'impôt de 1889 et non celui de 1890.

Le Conseil d'Etat de Neuchâtel, dans sa réponse, conclut de son côté à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

a) Ecarter purement et simplement comme mal fondée l'exception d'incompétence invoquée par l'Etat de Soleure ;

b) Prononcer que Lamazure a conservé son for d'impôt à la Chaux-de-Fonds jusqu'au mois d'octobre 1890 et que cette commune était en conséquence en droit de l'imposer, ainsi qu'elle l'a fait, pour les exercices de 1889 et de 1890.

c) Mettre les frais à la charge de la commune de Soleure.

Subsidiairement à la conclusion sous lettre *b*, et pour le cas où le Tribunal fédéral admettrait que Lamazure a son domicile effectif à Soleure depuis le printemps de 1889, le Conseil d'Etat de Neuchâtel demande que ce contribuable doit néanmoins à la commune de la Chaux-de-Fonds, comme juste compensation des services publics dont il a joui avec sa famille dans cette localité, la contribution qui lui a été imposée par le Conseil communal et que le Conseil d'Etat a maintenue par son arrêté du 28 Avril 1891, ou tout autre imposition dont il voudra bien fixer le chiffre en tenant compte de l'art. 15 de la loi neuchâteloise sur les impositions communales.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° En ce qui concerne l'impôt litigieux pour le second semestre 1889, le recours apparaît comme tardif, et ne saurait faire l'objet de l'examen du Tribunal fédéral. Sous date du 27 Août 1890 déjà, le gouvernement du canton de Soleure avait rejeté, par une décision motivée produite au dossier, le recours formé auprès de cette autorité par Lamazure relativement au dit impôt. Le présent recours n'a donc point été interjeté dans le délai péremptoire de 60 jours fixé à l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, à partir de la décision de l'autorité cantonale contre laquelle il est dirigé.

2° Il y a lieu en revanche d'entrer en matière pour autant que le recours a trait à l'impôt réclamé pour l'exercice de 1890, et à cet égard, il est tout d'abord évident que le moyen soulevé par le Conseil d'Etat de Soleure, et consistant à dire que Lamazure est déchu de tout droit de recours de ce chef, attendu qu'il n'a pas fait sa déclaration de taxation, est dénué de fondement. La loi cantonale ne peut, en effet, statuer une pareille déchéance que pour le droit de recours aux autorités cantonales, mais non pour celui au Tribunal fédéral pour violation d'une garantie constitutionnelle (voir Arrêt du Tribunal fédéral en la cause Maurice, *Rec.* XII, page 19, consid. 1). Il va également de soi qu'il n'est point nécessaire que les instances cantonales aient été préalablement épuisées.

3° Au fond il n'est pas douteux qu'on ne se trouve dans l'espèce, en ce qui concerne la fortune et le produit du travail du recourant, en présence d'une double imposition, telle que la prévoit l'art. 46 de la constitution fédérale ; la commune de Soleure prétend imposer Lamazure, quant à la fortune, sur 30 000 francs pour toute l'année 1890, alors qu'il a payé au canton de Neuchâtel, de ce chef, sur 50 000 fr. pour les six premiers mois de la même année, et à la commune de la Chaux-de-Fonds pour l'année entière. Il y a également double imposition en ce qui concerce le produit du travail, puisque Soleure veut imposer le recourant sur 4200 pour l'année 1890, alors qu'il a payé cet impôt, sur 4000 francs de ressources et revenus, au canton de Neuchâtel pour le 1er semes-

tre de la dite année. Il est, à cet égard, indifférent que dans le bordereau de l'impôt communal de la Chaux-de-Fonds de 1890 le contribuable soit indiqué comme étant dame Lamazure, puisqu'il ressort d'une lettre du Département des finances, ainsi que de la réponse du Conseil d'Etat de Neuchâtel, que c'est bien la fortune du mari qui était imposée.

4° La question de savoir lequel des deux cantons de Soleure et de Neuchâtel était en droit de soumettre le recourant à l'impôt cantonal et communal pendant la période litigieuse de l'année 1890, dépend du lieu où Lamazure doit être réputé avoir été domicilié pendant ce laps de temps, et ce point doit être tranché en faveur de Soleure.

Il n'est, en effet, pas contesté que Lamazure s'est rendu peu après le mois d'Avril 1889 à Soleure pour y organiser la Banque hypothécaire, à la direction de laquelle il venait d'être appellé, et qu'il a effectivement dirigé cet établissement à partir du mois d'Octobre suivant. Il a donc, à partir de ce moment, cessé d'avoir le centre de son activité à la Chaux-de-Fonds, pour se vouer entièrement à la direction d'un établissement ayant son siège à Soleure. Ce fait seul implique un changement de résidence, devant avoir pour effet de soustraire le recourant à la souveraineté fiscale du canton de Neuchâtel, pour le soumettre à celle du canton de Soleure. Peu importe, en présence de cette circonstance capitale, que Lamazure ait, faute d'un logement vacant, vécu à l'hôtel jusqu'en Octobre 1890, et laissé jusqu'à la même époque, et pour le même motif, sa femme et ses enfants à la Chaux-de-Fonds ; il n'en demeure pas moins certain que durant toute l'année 1890, il avait à Soleure le centre de ses affaires, puisqu'il vaquait aux occupations nombreuses incombant au directeur d'un établissement financier. Il est également indifférent, à l'égard de cette attribution de domicile, que Lamazure n'ait pas déposé immédiatement ses papiers à la police, et qu'il n'ait pas été convoqué dès le début aux assemblées de commune ; de même la circonstance qu'il aurait fait un séjour dans le Midi pour sa santé, ou des villégiatures dans une station balnéaire, est sans aucune importance à ce point de vue ; sa résidence n'avait point, pour cela, cessé

d'être Soleure, où il avait l'intention et le devoir de rester d'une manière durable, ce qui, dans le sens de la jurisprudence fédérale, est constitutif du domicile (voir Arrêts du Tribunal fédéral en les causes Gassmann, *Rec.* IV, page 525, N° 2; Diethelm, *ibid.* IV, 15; Hohl, *ibid.* VI, 184; de Meuron, VIII, 168, etc.). D'ailleurs la déclaration du Conseil communal de la Chaux-de-Fonds, produite par le recourant, se borne à dire qu'il a été domicilié dans cette localité jusqu'en 1889, bien que son départ définitif n'ait été annoncé que le 11 Octobre 1890.

5° Le recours doit, en conséquence, être déclaré fondé en principe, en ce sens que c'est au canton de Soleure et non à celui de Neuchâtel que doit être reconnu le droit d'imposer la fortune et le produit du travail du recourant pendant la période litigieuse de l'année 1890.

En revanche, il ne saurait être fait droit à la demande du recourant, tendant à ce que les impôts qu'il a payés à la Chaux-de-Fonds lui soient restitués; conformément à la jurisprudence constante du Tribunal de céans, en matière d'impôts payés volontairement, il y a lieu de le renvoyer à se pourvoir, à cet effet, devant les tribunaux neuchâtelois, s'il s'y estime fondé.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

1° Il n'est pas entré en matière, pour cause de tardiveté, sur le recours en tant qu'il vise les impôts payés par le recourant pour l'exercice de l'année 1889.

2° Le recours est admis pour ce qui concerne les impôts payés par Lamazure pour l'exercice de 1890, en ce sens que le canton de Neuchâtel n'a pas le droit d'imposer, pour le dit exercice, la fortune et le produit du travail du recourant, lequel est renvoyé, le cas échéant et s'il s'y estime fondé, devant les tribunaux civils de ce canton pour obtenir la restitution des impôts qu'il a indûment payés.

II. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

53. Urtheil vom 4. September 1891 in Sachen Märki und Genossen.

A. Durch eine vom Kantonsrathe des Kantons Appenzell Außerrhoden am 19. November 1888 genehmigte Verordnung vom 17. Juli 1888 hat der Regierungsrath des Kantons Appenzell Außerrhoden „auf Grund und in Anwendung von Art. 50 B.-V. Art. 4 u. f. w. K.-V. und der bezüglichen Bestimmungen des Strafgesetzes" der Heilsarmee die Veranstaltung von Aufzügen und öffentlichen Versammlungen im Kantonsgebiete untersagt. Als öffentlich sind nach Art. 1 litt. c dieser Verordnung unter anderm zu betrachten „die Versammlungen, zu denen durch öffentlichen Anschlag, durch Aufruf in öffentlichen Blättern, durch das Vertheilen von Zeddeln oder durch Aufbieten von Haus zu Haus eingeladen wird." Auf Grund dieser Verordnung wurden durch Urtheil des appenzell-außerrhodischen Bezirksgerichtes des Hinterlandes vom 13. April 1891 Karl Märki, von Mandach „Kapitain" der sogenannten Heilsarmee und die im Ingresse dieses Urtheils genannten „Soldaten" der Heilsarmee des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen für schuldig erklärt, weil sie durch von Wirthschaft zu Wirthschaft getragene und vertheilte Zeddel zu einer Heilsarmeeversammlung eingeladen haben. Karl Märki wurde zu 25 Fr. Geldbuße, eventuell 4 Tage Arbeitsstrafe, die übrigen zu je 10 Fr. Geldbuße eventuell 2 Tagen Arbeitsstrafe verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen Karl Märki und Genossen den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, weil dasselbe in offenbarem Widerspruche mit den Art. 6 u. 8. K.-V. stehe. Nach Art. 8 K.-V. stehe es jedem Einwohner des Kantons frei,

seine Gedanken mündlich, schriftlich oder gedruckt bekannt zu machen, unter Vorbehalt der gesetzlichen Verantwortlichkeit für den Mißbrauch dieses Rechts. Die Heilsarmee habe das verfassungsmäßige Recht, ihr Organ, den „Kriegsruf" druken zu lassen und dasselbe sowie Einladungskarten zu ihren Versammlungen auszutheilen. Dieses verfassungsmäßige Recht könne von keiner Administrativbehörde, auch vom Großen Rathe nicht, geschmälert werden und es dürfen daher die Salutisten gemäß Art. 6 K.-V. nicht bestraft werden, wenn sie von demselben Gebrauch machen. Ein Mißbrauch des in Art. 8 K.-V. gewährleisteten Rechtes nämlich liege offenbar nicht vor, da kein Gesetz das Einladen zu Versammlungen verbiete. Danach werde beantragt, es sei das angefochtene Strafurtheil aufzuheben unter Kostenfolge.

C. Der Regierungsrath des Kantons Appenzell Außerrhoden trägt auf Abweisung des Rekurses an, indem er ausführt: Das in der regierungsräthlichen Verfügung vom 17. Juli 1888 enthaltene Verbot durch öffentlichen Anschlag u. s. w. zu Versammlungen der Heilsarmee einzuladen, stehe nicht im Widerspruche mit Art. 8 K.-V.; es enthalte im Gegentheil nur eine Schutzmaßregel gegen einen Mißbrauch des in Art. 8 cit. gewährleisteten Rechtes, wie sie in der Verfassung ausdrücklich vorbehalten und durch die Zudringlichkeit, mit welcher die Heisarmee ihre Einladungen u. s. w. vertheilt habe, nöthig geworden sei. Ebensowenig sei Art. 6 K.-V. verletzt, nach welchem Niemand gerichtlich verfolgt oder verhaftet werden dürfe als in den durch das Gesetz bezeichneten Fällen und in den durch dasselbe vorgeschriebenen Formen. Freilich bedrohe kein Gesetz das Einladen zu Versammlungen mit Strafe, aber § 60 des appenzellischen Strafgesetzes bedrohe den Ungehorsam gegen Verfügungen und Weisungen von Staats- und Gemeindebehörden oder einzelner Beamten mit Strafe. Auf diese Gesetzesbestimmung stütze sich das angefochtene Urtheil. Die Rekurrenten haben, wie sie selbst zugestehen, durch Vertheilen der Einladungskarten von Wirthshaus zu Wirthshaus der amtlichen Verfügung vom 17. Juli 1888 zuwider gehandelt und sich dadurch des Delikts des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen schuldig gemacht. Regierungsrath und Kantonsrath seien zu Erlaß der Verfügung vom 17. Juli 1888

kompetent gewesen, wie sich aus Art. 50 B.-V. und 4 K.-V. ergebe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das angefochtene Strafurtheil stützt sich auf ein Gesetz, den § 60 des appenzell-außerrhodischen Strafgesetzes, welches den Ungehorsam gegen Verfügungen der Staats- oder Gemeindebehörden mit Strafe bedroht. Der Grundsatz des Art. 6 K.-V. ist also offenbar nicht verletzt. Vielmehr kann sich nur fragen, ob nicht eine Verfassungsverletzung deßhalb vorliege, weil die behördliche Verfügung, welcher die Rekurrenten zugestandenermaßen zuwidergehandelt haben und wegen deren Uebertretung sie bestraft wurden, die Verordnung vom 17. Juli 1888, formell oder materiell verfassungswidrig sei.

2. Die Verfügung vom 17. Juli 1888 ist, wie in derselben ausdrücklich ausgesprochen wird, in Anwendung des Art. 50 Abs. 2 B.-V. erlassen worden. Es ist nun, und gewiß mit Recht, nicht behauptet worden, daß nach appenzell-außerrhodischem Verfassungsrechte Maßnahmen, wie sie in der Verordnung vom 17. Juli 1888 in Anwendung des Art. 50 Abs. 2 cit. getroffen sind, nur im Gesetzgebungs- nicht im Verordnungswege getroffen werden können; behauptet ist vielmehr nur, jene Verfügung sei deßhalb verfassungswidrig, weil sie das verfassungsmäßige Recht der freien Meinungsäußerung verletze. Das Bundesgericht hat nun aber bereits in frühern Entscheidungen (vergl. Entscheidung in Sachen Märki und Genossen vom 29. November 1889, Amtliche Sammlung XV, S. 682 u. ff.; in Sachen Gentil und Genossen vom 5. März 1887, Amtliche Sammlung XIII, S. 19 u. ff.) ausgesprochen, daß in dem Verbot der öffentlichen Einladung zu Heilsarmeeversammlungen nicht eine Beschränkung der freien Meinungsäußerung sondern lediglich eine Beschränkung der Publizität der Versammlungen der Heilsarmee liege. Diese Versammlungen aber erscheinen wesentlich als Versammlungen zu gemeinsamer Ausübung von Kultushandlungen und es beurtheile sich daher die Zulässigkeit der aufgestellten Beschränkungen ausschließlich nach dem die Kultusfreiheit normirenden Art. 50 B.-V.; das Bundesgericht sei daher gemäß Art. 59 Ziffer 6 O.-G. zu Beurtheilung sachbezüglicher Beschwerden nicht kompetent, sondern es

fallen dieselben in die Kompetenzen der politischen Bundesbehörden. Hieran ist auch im vorliegenden Falle festzuhalten, wobei rücksichtlich der Begründung einfach auf die angeführten frühern Entscheidungen des Bundesgerichtes verwiesen werden kann, deren Begründung die Rekurrenten zu widerlegen gar nicht versucht haben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Beschwerde wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten.

III. Gerichtsstand. — Du for.

1. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

54. Urtheil vom 5. September 1891 in Sachen Wladar.

A. Martin Wladar, Schreinermeister in Zürich, hatte gegen den in Schwyz (wegen Urkundenfälschung ꝛc.) in Untersuchungshaft befindlichen Eduard Neminar Strafklage wegen Betrugs, gegen dessen Ehefrau Emma geb. Aldinger wegen Gehülfenschaft zum Betrug eingereicht. Die erste Instanz, Bezirksgericht Schwyz, welche diese Klagen gleichzeitig mit den andern gegen den Ehemann Neminar hängigen Strafklagen behandelte, trat auf die Klage des Wladar gegen den Ehemann Neminar nicht ein, weil die Sache vor die zürcherischen Gerichte gehöre, dort anhängig und theilweise auch schon (durch Sistirung) entschieden sei. Die Ehefrau Neminar sprach das Gericht frei und verurtheilte den Kläger Wladar zu einer Entschädigung von 1000 Fr. an dieselbe sowie zu 50 Fr. 06 Cts. Kosten. Die zweite Instanz, das Kantonsgericht von Schwyz erkannte durch Urtheil vom 9. Mai 1891 ebenfalls, es seien die schwyzerischen Gerichte zu Beurtheilung der von Wladar gegen Neminar gestellten Betrugsklage nicht zuständig; rücksichtlich der Strafklage gegen Frau Neminar er-

kannte es, diese Klage sei (da der Privatkläger Wladar nur rücksichtlich der Entschädigungsfrage appellirt hatte) nicht Gegenstand der Appellation und es bleibe daher das erstinstanzliche Urtheil in Rechtskraft. Die dem Kläger Wladar auferlegte Entschädigung an Frau Neminar setzte es (durch Dispositiv III seines Urtheils) auf 500 Fr. herunter, legte dem erstern (durch Dispositiv IV) $^1/_{15}$ der Prozeßkosten mit 61 Fr. 03 Cts. auf und verurtheilte ihn zu Bezahlung einer Anwaltsgebühr von 30 Fr. an die Frau Neminar.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff M. Wladar den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, mit dem Antrage, es sei dasselbe mit Bezug auf die Freisprechung der Frau Neminar-Aldinger sowie mit Bezug auf Dispositiv III (Entschädigung) und Dispositiv IV (Kosten und Anwaltsgebühr) als verfassungswidrig aufzuheben. Zur Begründung wird ausgeführt: Die Inkompetenzerklärung gegenüber dem Hauptangeklagten Ehemann Neminar müsse auch für die der Gehülfenschaft angeklagte Ehefrau Neminar gelten; es sei unverständlich, wie man noch von einer speziellen Freisprechung der Frau Neminar sprechen könne. Zu Beurtheilung des civilen Entschädigungs- und Kostenanspruches der Ehefrau Neminar gegen den Rekurrenten seien die schwyzerischen Gerichte nicht kompetent gewesen. Zwar sei unerachtet des Art. 59 Abs. 1 B.-V. der kompetente Strafrichter befugt, über Entschädigungsansprüche aus einer strafbaren Handlung zu entscheiden sofern diese gegen den Angeklagten gerichtet seien und letzterer im Strafpunkte verurtheilt werde. Allein hierum handle es sich im vorliegenden Falle nicht; hier sei der schwyzerische Strafrichter nicht kompetent gewesen und es handle sich überhaupt nicht um einen Civilanspruch gegen einen Angeschuldigten sondern um einen solchen gegen den Denunzianten. Zu Beurtheilung eines derartigen Anspruches sei aber der Strafrichter des Begehungsortes nicht kompetent, sondern es müsse der Beklagte als aufrechtstehender Schweizerbürger gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. an seinem ordentlichen Domizile gesucht werden.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde bemerkt das Kantonsgericht des Kantons Schwyz unter eingehender Darlegung des Thatbestandes im Wesentlichen: Die Kompetenz der

schwyzerischen Gerichte zu Beurtheilung der Strafklage des Rekurrenten gegen Frau Neminar (trotz der Inkompetenzerklärung gegenüber dem Hauptangeklagten) ergebe sich daraus, daß diejenige Handlung (eine Bürgschaftsleistung), aus welcher der Rekurrent die Theilnahme der Frau Neminar am Betruge ihres Ehemannes hergeleitet habe, im Kanton Schwyz stattgefunden habe. Auch wenn die zürcherischen Gerichte die Betrugsklage gegen den Ehemann Neminar an Hand genommen hätten, so hätten die schwyzerischen Gerichte die Frau Neminar doch nicht ausgeliefert, sondern die Klage gegen diese in Schwyz behandelt. Der Rekurrent sei als Kläger gegen die Frau Neminar aufgetreten; nach § 6 und 379 der schwyzerischen Strafprozeßordnung hafte der Privatkläger dem Staate für die Prozeßkosten und dem Angeklagten für Genugthuung und Schadenersatz, sofern er die Klage nicht zu beweisen vermöge und sei hierüber im Strafurtheile zu entscheiden. Auf diese Gesetzesbestimmungen stütze sich die Verurtheilung des Rekurrenten zu Entschädigung und Prozeßkosten, da eben der Rekurrent seine Klage gegen Frau Neminar in keiner Weise zu beweisen vermocht habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Ob die schwyzerischen Gerichte zu materieller Behandlung der Strafklage des Rekurrenten gegen die Ehefrau Neminar kompetent waren, trotzdem sie sich gegenüber dem Hauptangeklagten Ehemann Neminar für unzuständig erklärten, hat das Bundesgericht nicht zu untersuchen. Eine Verfassungsverletzung ist in dieser Richtung nicht behauptet und die richtige Anwendung der kantonalgesetzlichen Vorschriften über den Gerichtsstand in Strafsachen steht einzig den kantonalen Behörden zu.

2. Daß der schwyzerische Strafrichter zur Entscheidung über die Kosten des vor ihm geführten Prozesses kompetent war, liegt auf der Hand. Fraglich kann nur sein, ob das gleiche auch für die Entschädigungsforderung der freigesprochenen Angeklagten gegenüber dem unterliegenden Privatkläger gelte, oder ob nicht vielmehr diese Forderung verfassungsmäßig am Wohnorte des Beklagten habe geltend gemacht werden müssen. Allein auch in dieser Richtung ist die Beschwerde unbegründet. Die Entschädigungspflicht des unterliegenden Privatklägers gegenüber dem freigesproche-

nen Angeklagten, wie sie nach Art. 6 und 379 der schwyzerischen Strafprozeßordnung unabhängig von jedem Verschulden des Privatklägers als obligatio ex lege besteht, erscheint, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Eheleute Rickenbacher vom 20./22. November 1884 (Amtliche Sammlung X, S. 593 u. ff.) ausgeführt hat, als eine in Folge der Natur des Strafprozesses eigenthümlich gestattete Ersatzpflicht für die Nachtheile, welche der Prozeß für den Angeklagten zur Folge gehabt hat, also als eine Prozeßkostenersatzpflicht im weitern uneigentlichen Sinne des Wortes. Es hat daher darüber, wie über die Prozeßkosten im engern Sinne, als über eine Folge des Strafverfahrens, unter Ausschluß einer selbständigen Civilklage, der erkennende Strafrichter zu entscheiden. In concreto aber handelt es sich offenbar lediglich um diese Ersatzpflicht des Privatklägers ex lege und nicht etwa um eine auf eine unerlaubte Handlung desselben begründete Entschädigungsforderung ex delicto, bei welcher allerdings fraglich wäre, ob sie nicht gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. am Wohnorte des Beklagten geltend gemacht werden müßte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

55. Urtheil vom 11. September 1891 in Sachen Siegwart.

A. Ende September 1890 verstarb in Hergiswyl (Nidwalden) Glasermeister Kirchmeier Alois Josef Siegwart. Nach dessen Tode stellte sich heraus, daß er sein Vermögen nicht vollständig versteuert hatte. Im Laufe der hierüber eingeleiteten Untersuchung ergaben sich Anhaltspunkte dafür, daß auch sein (an seinem Nachlasse zu einem Sechstheil erbberechtigter) Bruder Xaver Siegwart Steuerhinterziehungen begangen habe. Der Regierungsrath des Kantons Nidwalden beschloß daher am 13. Oktober 1890, die Untersuchung auch auf Xaver Siegwart, der damals in Hergiswyl wohnhaft war, auszudehnen. Während der gegen die Erbschaft des Alois Josef Siegwart eingeleiteten Untersuchung wurde, auf

amtliche Anordnung, eine bedeutende Summe in Baar und Werthschriften aus dem Nachlasse des Alois J. Siegwart auf der nidwaldenschen kantonalen Spar- und Leihkasse deponirt, und es beschloß der Regierungsrath am 10. November 1890, dieses Depositum habe in der Spar- und Leihkasse zu verbleiben, bis er weitere Weisung ertheilt habe. Am 27. April 1891 wurde der Nachsteuerfall der Erben A. J. Siegwart dahin erledigt, daß die Erben an Staat und Gemeinde eine Nachsteuer von 45,000 Fr. zu bezahlen haben, welchem Entscheide sich dieselben unterzogen. In der Untersuchung gegen Xaver Siegwart war inzwischen, da derselbe ungenügende Angaben über seine Vermögensverhältnisse machte, wiederholt, durch Beschlüsse des Regierungsrathes vom 13. November 1890 und 16. Februar 1891 die Verhaftung des Beklagten verfügt worden; der Ausführung des letztern Haftbefehles entzog sich Xaver Siegwart durch seine am 17. Februar 1891 erfolgte Uebersiedlung nach Luzern. Am 1. Juni 1891 stellten die Erben des Alois Josef Siegwart beim Regierungsrathe des Kantons Nidwalden das Begehren, es möchte ihnen das seiner Zeit bei der kantonalen Spar- und Leihkasse gemachte Depositum aus dem Nachlasse des Alois Josef Siegwart herausgegeben werden, weil nunmehr die sämmtlichen Ansprüche von Staat und Gemeinde an die Erbschaft befriedigt seien und das Vermögen der letztern nicht für etwaige Forderungen an Xaver Siegwart in Anspruch genommen werden könne und weil übrigens letzterer gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. an seinem Domizile in Luzern belangt werden müsse. Der Regierungsrath beschloß am 1. Juni 1891: „Es solle bei der kantonalen Spar- und Leihkasse von dem dort liegenden Depositum annähernd der sechste Theil der Nachlassenschaft des Alois Josef Siegwart dermalen deponirt bleiben. Den Erben bleibe es freigestellt, diesen sechsten Theil in sichern Werthschriften **oder** in baarem Gelde oder aber dasselbe in sichern Werthschriften **und** baarem Gelde deponirt zu lassen. Es stehe ihnen auch frei, nach erfolgter Theilung den dem Xaver Siegwart zufallenden Erbtheil einzulegen und deponirte Werthschriften und Geld, was dann allen Erbtheilen zugetheilt wird, dagegen zu entheben." Dieser Beschluß stützt sich darauf, daß die gegen Xaver Siegwart eingeleitete Untersuchung wegen Steuerdefraudation muthmaßlich eine

ganz bedeutende Nachsteuer- und Strafforderung von Staat und Gemeinde ergeben werde, daß die Einleitung dieser Untersuchung sowie die Einlage des Depositums bei der kantonalen Spar- und Leihkasse zu einer Zeit stattgefunden habe, wo Xaver Siegwart noch in Hergiswyl domizilirt gewesen sei, daß dieser sich der Untersuchung durch die Flucht nach Luzern entzogen habe, während sein Heimatschein noch in Nidwalden deponirt sei, und daß er endlich als Erbe des Alois Josef Siegwart für den sechsten Theil der Verlassenschaft erbberechtigt sei.

B. Gegen diesen Beschluß beschweren sich die Erben des Alois Josef Siegwart, sowie Xaver Siegwart in eigenem Namen im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgericht. Sie führen wesentlich aus:

1. Gemäß Art. 52 der nidwaldenschen Kantonsverfassung und § 53 der Civilprozeßordnung sei einzig der jeweilige regierende Landammann zum Erlaß von Verboten und Arrestbefehlen kompetent. Eine solche landammannamtliche Arrestlegung sei in casu nicht erfolgt. Ein Retentionsrecht könne die Regierung von Nidwalden nicht ausüben, da ihr eine Forderung an die Erbschaft des Alois Josef Siegwart, als solche, als „juristische Person" nicht zustehe. Eine Beschlagnahme von Erbschaftsgegenständen für eine Forderung an einen der Miterben könnte jedenfalls nur im gesetzlichen Wege des Arrestschlages geschehen, nicht aber im Wege gewaltsamer Zurückbehaltung.

2. Eine unvertheilte Erbschaft repräsentire die juristische Person des Erblassers, von welcher die einzelnen Miterben völlig verschieden seien. Ansprachen an die Erbschaft müssen bis zur Theilung im Gerichtsstande der Erbschaft geltend gemacht werden; es könne das Erbschaftsvermögen bis dahin für Ansprüche an einzelne Miterben nicht mit Beschlag belegt werden und ebenso umgekehrt nicht das Vermögen des einzelnen Miterben für Forderungen an die Erbschaft. Indem daher im vorliegenden Falle die Regierung des Kantons Nidwalden ohne jeden Rechtsgrund das Vermögen der Erbschaft des Alois Josef Siegwart wegen einer vermeintlichen Forderung an Xaver Siegwart den Erben vorenthalte, begehe sie eine Rechtsverweigerung und damit eine Verletzung der in § 13 K.-V. niedergelegten Gewährleistung der Unverletzlichkeit des Eigenthums.

3. Die überdem noch gar nicht festgestellte Nachsteuerforderung des nidwaldenschen Staates gegen Xaver Siegwart sei eine rein persönliche Forderung des Fiskus, für welche der Beklagte, da er aufrechtstehend sei und in Luzern seinen festen Wohnsitz habe, dort belangt werden müsse und für welche außerhalb seines Wohnortskantons kein Arrest auf ihm gehörige Vermögenstheile gelegt werden dürfe. Eine einmal durch richterliches Urtheil festgestellte Nachsteuerforderung könne der Staat gemäß Bundes- und Kantonsverfassung auch am Wohnorte des Rekurrenten realisiren. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht möge die vorliegende Beschwerde als begründet erklären, demgemäß die angefochtene Schlußnahme des Regierungsrathes von Nidwalden vom 1. Juni 1891 aufheben und den Letztern veranlaßen, den beschlagnahmten sechsten Theil der Nachlassenschaft des Alois Josef Siegwart sel., überhaupt die gesammte auf der kantonalen Spar- und Leihkasse in Stans deponirte Hinterlassenschaft desselben, bestehe sie in Baarschaft, Werthschriften, Akten u. s. w., an die gesetzlichen Erben auszuhinzufolgen.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt der Regierungsrath des Kantons Nidwalden im Wesentlichen aus:

1. Die dem Landammann durch Art. 52 K.-V. und § 157 und 159 C.-P.-O. übertragenen Befugnisse seien nicht administrativer sondern civilrechtlicher Natur. Der Fall des Xaver Siegwart sei nun aber kein Civil- sondern ein Straffall. Die nidwaldensche Gesetzgebung bedrohe die Steuerdefraudation durch Gesetz vom 30. April 1882 nicht nur mit Vergütung der defraudirten Steuer sammt Zins und Zinseszins, sondern auch mit einer Strafe im Betrage der defraudirten Steuer. Laut Art. 50 Ziffer 7 K.-V. sei der Regierungsrath diejenige Behörde, welcher die Einleitung und Durchführung der Strafprozesse sowie die Ueberweisung der Beklagten an die zuständigen Gerichte obliege. Er ordne die Strafuntersuchungen an und treffe überhaupt die im Strafprozesse nöthigen Verfügungen. In Anwendung dieser verfassungsmäßigen Kompetenzen habe der Regierungsrath die Verfügungen vom 10. November 1890 und 1. Juni 1891 getroffen. Die Untersuchung habe eben einen öffentlich-rechtlichen und nicht einen privatrechtlichen Charakter. Uebrigens sei die Schlußnahme vom 10. November 1890 von den

Rekurrenten gar nicht angefochten. Wenn demnach die Kompetenz des Regierungsrathes in Betreff des ganzen Depositums zu verfügen, nicht bestritten sei, so sei er offenbar auch kompetent, die über das ganze Depositum getroffene Verfügung ganz oder nur theilweise aufzuheben.

2. Die dem Xaver Siegwart auffallende Nachsteuersumme für Staat und Gemeinde einschließlich der Strafe sei durch Beschluß des Regierungsrathes vom 22. Juni 1891 auf 57,147 Fr. 25 Cts. festgesetzt worden. Da Xaver Siegwart diesen Beschluß nicht anerkenne, sei das strafgerichtliche Verfahren gegen ihn angebahnt worden. Nun sei anerkannt, daß Xaver Siegwart zu einem Sechstheil am Nachlasse des Alois Josef Siegwart erbberechtigt sei. Nach Regulierung der Nachsteuerangelegenheit des Alois Josef Siegwart habe der Regierungsrath den von ihm befugterweise beschlagnahmten Nachlaß des Alois Josef Siegwart bis auf den Antheil des Xaver Siegwart freigegeben. Es sei also völlig falsch, daß er den übrigen Erben des Alois Josef Siegwart ihr Eigenthum willkürlich vorenthalte, er habe vielmehr lediglich als Stellvertreter des Xaver Siegwart gegenüber den übrigen Erben gehandelt und zwar bis zum Belaufe der festzustellenden Nachsteuerforderung.

3. Die Untersuchung gegen Xaver Siegwart sei zu einer Zeit eingeleitet und die Beschlagnahme vom 10. November 1890 zu einer Zeit verfügt worden, wo der Beklagte noch im Kanton Nidwalden gewohnt habe. Durch einen spätern Wohnsitzwechsel des Xaver Siegwart habe also an der Kompetenz der nidwaldenschen Behörden nichts mehr geändert werden können. Uebrigens qualifizire sich das Verlassen des Kantonsgebietes durch Xaver Siegwart als Flucht und es könne der Art. 59 B.-V. solche Handlungen nicht decken. Zudem habe die gegen Xaver Siegwart eingeleitete Untersuchung nicht civilrechtlichen Charakter sondern sei eine Administrativstreitigkeit; auf solche Streitigkeiten habe Art. 59 B.-V. durchaus keinen Bezug. Die Kompetenz der nidwaldenschen Behörden sei auch dadurch begründet, daß es sich um eine Straffache handle, für welche der Gerichtsstand des Vergehens gelte. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle die Rekursbeschwerde der Erben des Alois Josef Siegwart und des Xaver Siegwart als unbegründet abweisen und Nidwalden in seinen bundesverfassungsgemäßen Rechten schützen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurs gegen den Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Nidwalden vom 1. Juni 1891 ist nicht deßhalb unzulässig, weil die Rekurrenten den frühern Beschluß vom 10. November 1890 nicht angefochten haben. Denn letzterer betrifft, da er sich nicht auf Forderungen an Xaver Siegwart, sondern auf solche an Alois Josef Siegwart resp. dessen Erben bezieht, durchaus nicht die gleiche Sache wie ersterer. Dagegen sind die Erben des Alois Josef Siegwart als solche zur Beschwerde nicht legitimirt, sondern ist dies einzig Xaver Siegwart. Denn der Beschluß vom 1. Juni 1891 richtet sich einzig gegen diesen. Die Behauptung der Rekurrenten, daß solange der Nachlaß zwischen mehreren Miterben nicht getheilt ist, die Erbschaft die „juristische Person" des Erblassers fortsetze, entbehrt aller Begründung. Richtig ist freilich, daß in der Doktrin bestritten ist, ob der ruhenden (noch nicht angetretenen resp. erworbenen) Erbschaft die Eigenschaft einer juristischen Person zuzuschreiben sei. Allein dies steht hier gar nicht in Frage; hier handelt es sich vielmehr um eine von den Erben angetretene Erbschaft; daß aber mit dem Erbschaftserwerbe das Vermögen des Erblassers Vermögen (Miteigenthum im weitern) Sinne der Erben im Verhältnisse ihrer Erbschaftsantheile wird und daß daher der Antheil eines Erben an einer noch unvertheilten Erbschaft für Schulden des Erben haftet, unterliegt doch nicht dem mindesten Zweifel. Im vorliegenden Falle nun aber ist unbestritten, daß Xaver Siegwart zu einem Sechstheil Miterbe des Alois Josef Siegwart ist und es kann daher nicht bezweifelt werden, daß der Erbschaftsantheil des Xaver Siegwart für Schulden dieses Erben mit Beschlag belegt werden konnte. Daraus folgt dann von selbst, daß der auf den Erbschaftsantheil des Xaver Siegwart gelegte Beschlag die übrigen Miterben nicht berührt, also auch nicht eine Verletzung der verfassungsmäßigen Eigenthumsgarantie oder eine Rechtsverweigerung diesen gegenüber enthalten kann.

2. Eine Verletzung des Art. 52 der nidwaldenschen Kantonsverfassung liegt ebenfalls nicht vor, denn es ist richtig, daß, wie die Regierung des Kantons Nidwalden ausführt, Art. 52 K.-V. dem Landammann lediglich Kompetenzen in Civilsachen zuweist, ohne dagegen darüber zu entscheiden, wem die Befugniß zur Anordnung von Sicherungsmaßregeln in Verwaltungssachen zustehe.

3. Ernstlich in Frage kommen kann nur, ob nicht eine Verletzung des Art. 59 Abs. 1 B.-V. vorliege, weil es sich um eine persönliche Ansprache an Xaver Siegwart handle, für welche dieser an seinem Wohnorte in Luzern belangt werden müsse und für welche außerhalb seines Wohnortskantons ein Arrest auf sein Vermögen nicht gelegt werden dürfe. Allein auch dies ist zu verneinen.

Die Nach- und Strafsteuerforderung, um welche es sich handelt, ist nicht eine civilrechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche Steuer- und Bußenforderung, welche aus dem staatlichen Hoheitsrechte abgeleitet wird und den Belangten nicht als Privatrechtssubjekt sondern als Mitglied der staatlichen Gemeinschaft ergreift. Derartige öffentlich-rechtliche Forderungen erscheinen aber, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Holliger vom 20. November 1884 (Amtliche Sammlung X, S. 458 u. ff.) ausgesprochen hat, nicht als persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 Abs. 1 B.-V.; das Anwendungsgebiet der letztern Verfassungsbestimmung beschränkt sich auf das Gebiet des Privatrechts; es umfaßt nur civilrechtliche Forderungen, dagegen weder, wie von jeher anerkannt wurde (vergleiche z. B. Entscheidung in Sachen Sutermeister, Amtliche Sammlung XIV, S. 520) strafrechtliche Bußenforderungen, noch überhaupt öffentlich-rechtliche, speziell verwaltungsrechtliche Ansprüche. Die Entscheidung über Bestand und Umfang öffentlich-rechtlicher Forderungen steht der Natur der Sache nach den Behörden desjenigen Kantons zu, dessen Gesetzgebung diese Forderungen beherrscht. Die Behörden anderer Kantone sind dazu, wie in der citirten bundesgerichtlichen Entscheidung in Sachen Holliger ausgeführt ist, nicht berufen, die Civilgerichte nicht, weil ihr Wirkungskreis sich regelmäßig auf die Entscheidung civilrechtlicher Streitigkeiten beschränkt, die Verwaltungsbehörden oder Gerichte nicht, weil sie nur das Verwaltungsrecht des eigenen Kantons, nicht aber dasjenige anderer Kantone oder Staaten anzuwenden haben. Auch die Realisirung öffentlich-rechtlicher Forderungen muß nicht wie diejenige privatrechtlicher Ansprachen gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. am Wohnorte des Schuldners gesucht werden; es ist vielmehr jeder Kanton befugt, die aus seinem öffentlichen Rechte entspringenden Forderungen, soweit ihm dies thatsächlich möglich ist, auf seinem Gebiete in das dort be-

findliche Vermögen des Schuldners zu vollstrecken. Dies ergibt sich schon daraus, daß eine bundesrechtliche Verpflichtung der Kantone administrative speziell steuerrechtliche Entscheidungen eines andern Kantons zu vollstrecken nicht besteht, da Art. 61 B.-V. sich, wie in der bundesrechtlichen Praxis völlig feststeht, lediglich auf Civilurtheile bezieht. Es kann daher gewiß den Kantonen nicht untersagt werden, administrative speziell steuerrechtliche Entscheidungen ihrer Behörden auch gegen auswärts Wohnende auf ihrem Gebiete zu vollstrecken, andernfalls träte ja bei einer bundesrechtlich völlig zulässigen Vollstreckungsverweigerung des Wohnortskantons ein Zustand vollständiger Rechtslosigkeit ein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

56. Urtheil vom 18. September 1891 in Sachen Joß.

A. Johann Joß war zu Anfang der 1880ger Jahre Eigenthümer des Hauses Nr. 103 in Rupperswyl (Aargau), wo er eine Wirthschaft betrieb. Am 20. Januar 1881 vermiethete er dieses Haus auf ein Jahr der Elise Gerber geb. Käser, die mit seiner Zustimmung dasselbe an Johann Schneider weiter vermiethete. Während der Miethsdauer wurde die Wirthschaft wegen schlechten baulichen Zustandes des Hauses für einige Zeit polizeilich geschlossen. Johann Schneider bezahlte daher der Elise Gerber nicht den vollen Betrag des Miethzinses. Im Jahre 1882 verkaufte Johann Joß das Haus an Johann Schneider; dieser Verkauf wurde vor der Fertigung öffentlich ausgeschrieben, gestützt auf § 520 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches, welcher vorschreibt, wenn Jemand den größern Theil seiner Liegenschaften veräußern oder das Vermögen seinen Kindern abtrete wolle, so dürfe die Zufertigung nicht erfolgen, „bevor das beabsichtigte Geschäft öffentlich bekannt gemacht und sämmtliche angemeldeten Forderungen bezahlt oder darauf angewiesen oder auf andere

Weise sicher gestellt seien." Auf diese Ausschreibung hin meldete die Elise Gerber eine Entschädigungsforderung von 350 Fr. aus dem zwischen ihr und Johann Joß am 20. Januar 1881 abgeschlossenen Miethvertrage an. Johann Joß bestritt diese Forderung. Da eine Verständigung über dieselbe nicht zu Stande kam, so wurde sie bei der am 18. August 1882 stattgefundenen Fertigung unter Rechtsverwahrung des Verkäufers Johann Joß auf das Kaufsobjekt überbunden. Im Jahre 1889 wurde das Haus durch Johann Schneider weiter veräußert; bei dieser Veräußerung wurde die bestrittene Forderung der Elise Gerber nicht überbunden, sondern es wurde, zu anderweitiger Sicherstellung derselben, der Forderungsbetrag sammt Zinsen mit 443 Fr. gerichtlich deponirt. Im August 1890 stellte daraufhin Elise Gerber das Begehren, das Depositum sei ihr herauszugeben, sofern gegen das zu publizirende Begehren innerhalb nützlicher Frist nicht Einwendungen erhoben werden. Auf erfolgte Publikation bestritten Johann Joß sowie Anton Joß das Begehren. Elise Gerber trat deßhalb gegen dieselben beim Bezirksgerichte Lenzburg klagend auf mit dem Begehren: Die Beklagten haben das Pfandrecht der Klägerin an dem Depositum der 350 Fr. nebst Zins seit dem 18. August 1882 respektive 443 Fr. nebst Zins seit 1889, sowie die Deckung der klägerischen Forderung aus diesem Gelde anzuerkennen respektive es sei in Verwerfung der beiden beklagtischen Protestationen der Klägerin das Depositum auszuhinzugeben, unter Folge der Kosten. Johann und Anton Joß bestritten die Kompetenz des Bezirksgerichtes Lenzburg unter Berufung auf Art. 59 B.-V., mit der Behauptung, es handle sich um eine persönliche Ansprache, sie seien in Langenthal, Kantons Bern, fest niedergelassen und aufrechtstehend. Das Bezirksgericht Lenzburg verwarf indeß diese Einrede durch Entscheidung vom 25. Juni 1891, indem es ausführte: Nach konstanter bundesrechtlicher Praxis finde auf dingliche oder dinglich gesicherte Ansprachen Art. 59 Abs. 1 B.-V. keine Anwendung, sondern gelte für solche der Gerichtsstand der gelegenen Sache und zwar auch dann, wenn nicht nur das Pfandrecht sondern die Forderung selbst bestritten sei. Hier handle es sich um eine solche dinglich gesicherte Forderung. Denn bei der Fertigung vom 18. August 1882 habe die ursprünglich rein persönliche Forderung der Klägerin gemäß der aargauischen

Gesetzgebung durch Anweisung Pfandrecht an der veräußerten Liegenschaft erlangt. An Stelle des Grundpfandes sei später zufolge der gerichtlichen Hinterlegung des Forderungsbetrages durch den Grundpfandschuldner ein Faustpfand getreten; ohne gerichtliche Hinterlegung des Forderungsbetrages hätte das Grundpfand nicht, respektive nur unter Ueberbindung der Forderung, weiter veräußert werden können. Der Hinterlegung müße daher die Bedeutung einer Ersetzung des Grundpfandes durch ein Faustpfand beigemessen werden.

B. Gegen diese Entscheidnng beschweren sich Johann und Anton Joß im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte. Sie beantragen: Das Bundesgericht möchte erkennen: 1. Es sei in der Streitsache der Frau Gerber gegen Johann und Anton Joß nach den Vorschriften des Art. 59 B.-V. das aargauische Gericht nicht zuständig sondern es sei Frau Gerber gehalten, ihren vermeintlichen Anspruch bei dem Richter des Wohnortes der Beklagten geltend zu machen. 2. Es sei deßhalb die von den Rekurrenten und Incidentalklägern aufgeworfene foridekllinatorische Einrede gutzuheißen. 3. Es sei endlich das entgegenstehende Urtheil des Bezirksgerichtes von Lenzburg vom 3. Juli 1891 aufzuheben. Alles unter Kostenfolge. Sie führen aus: Durch die anläßlich einer Liegenschaftenveräußerung geschehene einseitige Anmeldung einer Forderung an den Verkäufer könne der verfassungsmäßige Gerichtsstand nicht geändert werden. Eine solche Anmeldung vermöge ein gesetzliches Pfandrecht nicht zu begründen; jedenfalls wäre eine Bestimmung der aargauischen Kantonalgesetzgebung, welche ein solches Pfandrecht anerkennen sollte, mit Art. 59 Abs. 1 B.-V. unvereinbar und daher im interkantonalen Verkehr nicht anwendbar.

C. Die Rekursbeklagte Elise Gerber beantragt: Es sei in Aufrechthaltung des Urtheils des Bezirksgerichtes Lenzburg vom 3. Juli 1891 der staatsrechtliche Rekurs der Gebrüder Joß als unbegründet unter Folge der Kosten abzuweisen. Sie macht die bereits im bezirksgerichtlichen Urtheile angeführten Gründe geltend, indem sie insbesondere noch ausführt: Die Klage mache ein nach dem aargauischen Gesetze gültig begründetes gesetzliches Pfandrecht geltend; sie sei keine persönliche. Dies ergebe sich schon daraus, daß sie nicht gegen den ursprünglichen Schuldner als

solchen gerichtet sei, sondern gegen diejenigen, welche den Bestand des Pfandrechtes bestritten haben. Daß zu diesen auch der ursprüngliche Schuldner Johann Joß gehöre, sei ein Zufall.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die streitige Ansprache ist ohne Zweifel eine pfandversicherte. Nach § 520 und 600 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches können, bei Veräußerung des größern Theiles seiner Liegenschaften durch einen Schuldner, die chirographarischen Gläubiger desselben Bezahlung oder Sicherstellung durch Anweisung auf die veräußerten Grundstücke oder auf andere Weise verlangen. Gestützt auf diese Gesetzesbestimmungen hat die Rekursbeklagte bei der im Jahre 1882 erfolgten Liegenschaftsveräußerung des Rekurrenten Johann Joß für ihre, freilich bestrittene, Forderung an denselben durch Anweisung Pfandrecht an dem veräußerten Grundstücke erlangt; an Stelle der grundpfändlichen Sicherheit ist dann bei der Weiterveräußerung des Grundstückes durch den Erwerber das gerichtliche Depositum getreten. Handelt es sich aber somit um eine pfandversicherte Ansprache, so kann dieselbe nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis im Gerichtsstande der gelegenen Sache realisirt werden, obschon nicht nur das Pfandrecht sondern auch die Forderung selbst bestritten ist.

2. Wenn die Rekurrenten behaupten, ein Pfandrecht habe im vorliegenden Falle nicht gültig erworben werden können, weil die Anwendung des § 520 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches auf außerhalb des Kantons wohnende Schuldner mit Art. 59 Abs. 1 B.-V. unvereinbar sei, so können sie mit dieser Einwendung, abgesehen davon, ob dieselbe an sich begründet wäre oder nicht, heute nicht mehr gehört werden. Denn in dieser Richtung ist ihre Beschwerde verspätet, da sie schon im Jahre 1882 gegen die damals erfolgte Konstituirung des Pfandrechtes hätte ergriffen werden sollen und nicht erst nachträglich gegen dessen Realisirung geltend gemacht werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

57. Urtheil vom 18. September 1891 in Sachen Keller und Genossen.

A. Nach dem am 15. Juli 1890 erfolgten Tode des in Ennetbaden (Aargau) domizilirten Albert Oetiker-Vogel von Stäfa erhob der Gemeinderath von Ennetbaden, welcher vermuthete, dessen Erben, die gegenwärtigen Rekurrenten, möchten sich zum Zwecke der Steuerhinterziehung Vermögensverheimlichungen haben zu Schulden kommen lassen, beim Bezirksgerichte Baden Manifestationsklage. Die Erben Oetiker bestritten indeß die Kompetenz des Bezirksgerichtes Baden, weil sie sämmtlich außerhalb des Kantons Aargau domizilirt seien, und der Gemeinderath von Ennetbaden stand hierauf vom Prozesse ab. Dagegen pfändete am 20./21. Dezember 1890 der Staats- und Gemeindesteuerbezüger von Ennetbaden für eine von ihm berechnete Nach- und Straffsteuerforderung von Staat und Gemeinde im Belaufe von 26,564 Fr. 46 Cts. ein zum Nachlasse des Albert Oetiker-Vogel gehöriges Haus in Ennetbaden. Die Erben Oetiker verkauften dieses Haus an einen Dritten; bei der Fertigung verlangte der Gemeinderath von Ennetbaden, daß der geforderte Straf- und Nachsteuerbetrag als auf dem Hause lastend dem Käufer überbunden werde. Da die Erben Oetiker hierein nicht einwilligen wollten, sc unterblieb die Fertigung; während der Steuereinzüger Pfandbetreibung auf das verkaufte Haus anordnete, beschwerten sich die Erben Oetiker beim Bezirksgerichte Baden und, nachdem dieses ihre Beschwerde abgewiesen hatte, beim Obergerichte des Kantons Aargau mit dem Begehren, die Pfandbestellung vom 20. Dezember 1890 sei als ungültig zu erklären, und die Fertigungsbehörde von Ennetbaden zu verhalten, die in Rede stehende Fertigung ohne Verzug vorzunehmen und dabei von einer Ueberbindung abzusehen, unter Kostenfolge. Das Obergericht des Kantons Aargau wies durch Entscheidung vom 15. Juni die Rekurrenten kostenfällig ab, indem es sich wesentlich auf § 31 Alinea 3 des aargauischen Gemeindesteuergesetzes berief, wonach „das liegenschaftliche Vermögen auswärtiger Eigenthümer für seine Besteuerung pfandbar ist." Die Nach- und Straffsteuer-

forderung beziehe sich auf den gesammten Nachlaß des A. Oetiker-Vogel, ohne daß ausgemittelt sei, welcher Betrag auf das unbewegliche Vermögen des Erblassers entfalle und es sei daher die citirte Gesetzesbestimmung anwendbar. Daß die Nach- und Strafsteuerforderung bestritten sei, erscheine als unerheblich. Selbstverständlich habe, sofern eine Einigung zwischen den Parteien nicht zu Stande komme, die Gemeinde Ennetbaden resp. der Staat nur denjenigen Betrag anzusprechen, welcher richterlich als Nach- und Straffsteuer bestimmt werde.

B. Gegen dieses Urtheil beschwert sich Emil Keller-Oetiker in eigenem Namen sowie im Namen der übrigen Erben des A. Oetiker-Vogel beim Bundesgerichte mit dem Antrage: Es sei, in Aufhebung des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 15. Juni 1891 die Pfandbestellung vom 21. Dezember 1890 für die mehrbezeichnete Steuerforderung von 26,564 Fr. 46 Cts. als unzulässig zu erklären und daher gerichtlich aufzuheben, unter Kostenfolge. Sie führen aus: Es sei bundesrechtlich anerkannt, daß Steuerforderungen, welche sich nicht auf das Grundeigenthum beschränken, sondern sich auf das ganze Vermögen des Eigenthümers beziehen, als persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 Abs. 1 B.-V. zu behandeln seien, somit am Wohnorte des Belangten geltend gemacht werden müssen. Demnach sei ihre Beschwerde begründet, da sie sämmtlich außerhalb des Kantons Aargau domizilirt und aufrechtstehend seien. Es sei dies um so klarer, als die streitige Steuerforderung sich nicht nur nicht (wie auch das Obergericht des Kantons Aargau anerkenne) ausschließlich, sondern gar nicht auf Grundeigenthum beziehe. Bei letzterm könnte ja, da die staatlichen Organe dessen Steuerschatzung selbst feststellen, eine Steuerhinterziehung nicht anders als durch Abrechnung fingirter Hypothekarschulden geschehen; davon sei aber im vorliegenden Falle keine Rede. § 31 Alinea 3 des aargauischen Gemeindesteuergesetzes beziehe sich ausschließlich auf die Steuer für Liegenschaften und es bestehe das dort vorgesehene Pfandrecht nur für nachgewiesene (anerkannte oder gerichtlich festgestellte) nicht aber für bestrittene Forderungen.

C. Der Fiskus des Kantons Aargau sowie die Gemeinde Ennetbaden tragen darauf an: Es sei die erhobene Beschwerde der Erben

des Albert Oetiker-Vogel richterlich abzuweisen unter Folge der Kosten. Sie stellen in sehr ausführlicher Weise die thatsächlichen Verhältnisse dar und führen in rechtlicher Beziehung im Wesentlichen (in Anlehnung an die Gründe der bundesgerichtlichen Entscheidung in Sachen Holliger vom 20. November 1884, Amtliche Sammlung X, S. 458 u. ff.) aus: Art. 59 Abs. 1 B.-V. beziehe sich nur auf privatrechtliche Forderungen, nicht aber auf Nach- und Straffsteueransprüche; letztere seien von den zuständigen Behörden desjenigen Kantons festzustellen, dessen Gesetzgebung sie beherrsche. Uebrigens haben die Rekurrenten vor den kantonalen Instanzen die Gültigkeit der Pfändung vom 20./21. Dezember 1890 gar nicht bestritten und es beurtheile sich deren Zulässigkeit ausschließlich nach kantonalem Rechte, so daß das Bundesgericht zu Ueberprüfung derselben nicht kompetent sei. Sei aber die Pfändung als gültig zu behandeln, so sei die Ueberbindung der Pfandforderung bei der Fertigung lediglich eine selbstverständliche Folge derselben. Gänzlich indifferent sei, daß die Nach- und Straffsteuerforderung ihrem Betrage nach noch nicht feststehe. In dieser Richtung werde, nach Abweisung der gegnerischen Beschwerde, alsbald das Verfahren vor den kompetenten Behörden eingeleitet werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat nicht zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung auf richtiger Anwendung des kantonalen Gesetzesrechts, insbesondere des § 3 des aargauischen Gemeindesteuergesetzes, beruht; es hat vielmehr blos zu untersuchen, ob dieselbe eine Verfassungsverletzung involvire. Dabei kann einzig Art. 59 Abs. 1 B.-V. in Frage kommen, wie denn auch die Rekurrenten ihre Beschwerde ausschließlich auf diese Verfassungsbestimmung stützen.

2. Wie nun das Bundesgericht in seinen Entscheidungen in Sachen Holliger vom 20. November 1884 (Amtliche Sammlung X, S. 458 u. ff.) und in Sachen Siegwart vom 11. dieses Monats, auf deren Begründung hier lediglich verwiesen werden darf, grundsätzlich ausgesprochen hat, bezieht sich Art. 59 Abs. 1 B.-V. nur auf privatrechtliche Ansprüche, dagegen weder auf strafrechtliche Bußenforderungen noch überhaupt auf öffentlich-rechtliche, speziell verwaltungsrechtliche Ansprüche. Ansprüche letzterer Art unterliegen der Natur der Sache nach der Entscheidung der

Behörden desjenigen Kantons, dessen Gesetzgebung sie entspringen und können auch von diesem Kantone innerhalb seines Gebietes in das dort liegende Vermögen des Schuldners vollstreckt werden. Dies muß zur Abweisung der Beschwerde führen, da die streitige Nach- und Straffsteuerforderung ohne Zweifel nicht privater, sondern öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

58. Urtheil vom 18. September 1891 in Sachen Kistler.

A. Karl Josef Kistler in Reichenburg hatte durch Ladung vom 20. Mai 1891 den Fuhrmann Gabriel Lienhard in Glarus vor Vermittleramt Glarus-Riedern zum Aussöhnungsversuche über ein Begehren auf Anerkennung eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Kauf- und Tauschgeschäftes vorladen lassen. Der Vermittlungsversuch blieb fruchtlos. Kistler gab indeß der Sache zunächst keine weitere Folge. Am 10./16. Juni 1891 ließ nun aber Lienhard seinerseits als „Widerkläger" den Kistler vor Vermittleramt Glarus-Riedern zum Sühneversuche bezüglich eines von ihm aus dem gleichen Vertrage abgeleiteten Entschädigungsanspruches vorladen.

B. Gegen diese Vorladung beschwert sich Karl Josef Kistler im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte mit dem Antrage, dieselbe möchte aufgehoben werden unter Kostenfolge für den Rechtsgegner. Er führt aus, die Ladung verstoße, da sie sich auf eine persönliche Ansprache beziehe und er im Kanton Schwyz domizilirt und aufrechtstehend sei, gegen den Art. 59 Abs. 1 B.-V. Freilich bezeichne sich Lienhard als „Widerkläger"; allein von einer Widerklage könne nicht die Rede sein, da eine Vorklage nicht anhängig sei. Wünsche Lienhard, daß Rekurrent zuerst klage, so möge er ihn zur Klage provoziren. Wenn der

Rekurrent seine Klage wieder aufnehme, so stehe dem Rekursbeklagten frei, derselben eine Widerklage entgegen zu stellen. So lange dies dagegen nicht geschehe, müsse Rekursbeklagter den Rekurrenten an seinem Wohnorte im Kanton Schwyz belangen.

C. Der Rekursbeklagte Gabriel Lienhard führt aus: Durch die Einleitung der Vermittlung sei für die Klage des Rekurrenten gemäß § 37 der Glarner Civilprozeßordnung der glarnerische Gerichtsstand begründet worden. Der im Falle der Fruchtlosigkeit des Aussöhnungsversuches dem Kläger auszustellende Leitschein bleibe sechs Monate lang in Kraft. Innerhalb dieser sechs Monate könne der Kläger den Leitschein beziehen und auf Grund desselben den Prozeß prosequiren; ebenso der Beklagte die Widerklage einleiten. Für konnexe Widerklagen nun könne der Beklagte nach konstanter bundesrechtlicher Praxis den Gerichtsstand der Klage wählen. Diese Voraussetzung treffe hier zu, da Klage und Widerklage aus dem gleichen Rechtsgeschäfte abgeleitet werden. Demnach werde beantragt: Die Beschwerde sei abzuweisen unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die bundesrechtliche Praxis hat allerdings stets anerkannt, daß der Beklagte durch Art. 59 Abs. 1 B.-V. nicht behindert sei, eine ihm gegenüber der Klageforderung zustehende konnexe Gegenforderung widerklagsweise beim Gerichte der Vorklage geltend zu machen. Allein damit dieser Grundsatz Anwendung finde, muß eben eine Haupt- (Vor-)klage wirklich anhängig sein. Dies ist nun vorliegend nicht der Fall. Denn durch die bloße Ladung zum Vermittlungsvorstand und die Ausstellung des Leitscheines ist die Vorklage nicht rechtshängig geworden; hiezu bedarf es vielmehr der Bestellung des Leitscheins an den Beklagten und der Anhängigmachung der Sache bei Gericht (§ 88, 111 u. ff. der glarnerischen Civilprozeßordnung); der Vermittlungsvorstand ist wohl, nach glarnerischem Rechte, die regelmäßig unumgängliche Vorbedingung der Klageanhebung, enthält dagegen nicht diese selbst; in der Ladung zu demselben liegt nicht die Erhebung der Klage sondern nur die Einleitung des vorbereitenden Vermittlungsverfahrens und der Leitschein weist die Parteien wohl an das Gericht, macht die Klage aber nicht bei diesem anhängig. Die Bestimmungen des glarnerischen Gesetzes über die Dauer der

Gültigkeit des Leitscheines beweisen hiegegen nichts. Dieselben enthalten einfach, daß der Ansprecher, wenn er die Frist versäumt, nicht mehr direkt an das Gericht gelangen kann sondern von neuem den Vermittlungsvorstand einleiten muß.

2. Danach erscheint denn die Beschwerde als begründet. Denn es ist nicht bestritten, daß es sich um eine persönliche Ansprache handelt, sowie daß der Rekurrent im Kanton Schwyz fest niedergelassen und aufrechtstehend ist, und es ist in der bundesrechtlichen Praxis anerkannt, daß Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmäßiger Gerichtsstandsnormen auch schon gegen eine bloße Ladung statthaft sind.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es wird mithin dem Rekurrenten sein Rekursbegehren in der Hauptsache zugesprochen.

---

2. Pfand- und Retentionsrechte. — Droits de gage et de rétention.

59. Urtheil vom 20. Juli 1891 in Sachen Kreutz.

A. Rudolf Brenner, Kaufmann, in Basel, hat gegen Ch. Kreutz, Gerber, in Orbe, beim Civilgerichte Basel Klage erhoben mit dem Rechtsbegehren: Die vom Beklagten dem Kläger am 3. April 1890 gelieferte Balle Sohlleder von 75 Kilos (beziehungsweise jetzt 72 Kilos) sei, sofern der Beklagte die klägerische Forderung von 216 Fr. 85 Cts. nebst Zins à 5 % seit dem 20. März (Tag der Betreibung) innert vier Wochen nach Rechtskraft des Urtheils nicht bezahlt, zu versteigern und es sei der Kläger für den Betrag seiner Forderung auf den Steigerungserlös anzuweisen, unter Kostenfolge für den Kläger. Zur Begründung machte er geltend: Der Beklagte, mit dem er seit längerer Zeit in Geschäftsverbindung stehe, habe ihm unbestellt die im Rechtsbegehren bezeichnete Balle Sohlleder zugesandt; da sie sich über den Preis trotz längerer Verhandlungen nicht haben einigen können, so habe

er die Waare dem Beklagten zur Verfügung gestellt. Inzwischen habe der Beklagte von ihm verschiedene Bezüge gemacht, wofür Beklagter laut aufgestellter Abrechnung 216 Fr. 85 Cts. schulde; er habe den Beklagten aufgefordert, diese Summe zu bezahlen, ansonst er zu Versteigerung der bei ihm lagernden Balle Sohlleder schreiten werde, an die er sich zur Deckung seiner Forderung halte. Nachdem der Beklagte diese Aufforderung unbeantwortet gelassen, habe er gegen denselben gemäß Art. 228 O.-R. Pfandbetreibung eingeleitet. Der Beklagte habe aber Rechtsvorschlag erhoben, weil er dem Kläger nicht nur nichts schulde, sondern im Gegentheil eine Forderung von 81 Fr. 95 Cts. an denselben besitze und habe überdem eingewendet, er müsse gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. an seinem Wohnorte in Orbe belangt werden. In Folge dessen sei der Kläger auf den Prozeßweg verwiesen. Er verlange Realisirung des ihm an der Balle Sohlleder unzweifelhaft zustehenden Retentionsrechtes. Es handelt sich daher nicht um eine persönliche Forderung und es sei also das baslerische Forum kompetent.

B. Nachdem dem Beklagten diese Klage auf dem Requisitionswege mitgetheilt worden war, ergriff derselbe den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er führt aus: Er sei im Kanton Waadt fest niedergelassen und aufrechtstehend und es handle sich, da man von ihm die Bezahlung einer Geldsumme von 216 Fr. 85 Cts. verlange, um eine persönliche Forderung, welche gemäß Art. 59 Abs. 1 B.-V. beim Richter des Wohnortes des Schuldners geltend gemacht werden müsse. Allerdings beanspruche Brenner ein Retentionsrecht, allein das Retentionsrecht sei wie das Pfandrecht ein blos akzessorisches Recht, das prinzipale sei immer die persönliche Forderung. Die dingliche Natur des Akzessorium vermöge die persönliche Natur des Hauptanspruchs nicht zu ändern und demnach den Gerichtsstand für diesen nicht zu verrücken. Brenner möge berechtigt sein, in Basel konservatorische Maßnahmen zu Wahrung seines Retentionsrechtes zu treffen; dagegen müsse er die Frage, ob der Rekurrent ihm die geforderte Summe schulde, durch den Richter des Wohnortes des Beklagten beurtheilen lassen, da es sich dabei um eine persönliche Ansprache handle. Diese Lösung scheine der bundesgerichtlichen Entscheidung in Sachen

Potte gegen Favre vom 11. Dezember 1885 zu entsprechen. Danach werde beantragt, das gegen den Rekurrenten in Basel eingeleitete Verfahren sei als gegen Art. 59 B.-V. verstoßend aufzuheben.

C. Der Rekursbeklagte R. Brenner trägt auf Abweisung des Rekurses an, indem er ausführt: Seine Klage stelle sich nicht als Geltendmachung einer persönlichen Forderung dar, sondern sei eine Klage auf Realisation des ihm zustehenden Pfand- respektive Retentionsrechtes, an der in Basel liegenden Waare des Rekurrenten. Nach konstanter bundesrechtlicher Praxis werden solche Klagen nicht als persönliche Klagen im Sinne des Art. 59 Abs. 1 B.-V. behandelt. Die Ansicht des Rekurrenten, daß in derartigen Fällen konservatorische Maßnahmen vom Richter der gelegenen Sache zu treffen seien, über den Bestand der Forderung dagegen vom Richter des Wohnortes entschieden werden müsse, sei offenbar unhaltbar aus dem einfachen Grunde, weil das Gericht des Wohnortes weder die Pfandrealisirung selbst bewerkstelligen noch die Behörden des Kantons der gelegenen Sache zu deren Vornahme zwingen könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die bundesgerichtliche Praxis hat konstant festgehalten, daß Art. 59 Abs. 1 B.-V. sich nur auf die Geltendmachung reiu persönlicher, nicht aber auf diejenige dinglicher respektive dinglich, durch vertragliches oder gesetzliches Immobiliar- oder Mobiliarpfand- oder Retentionsrecht, gesicherter Forderuugen beziehe (siehe die Allegata bei Blumer-Morel, Handbuch, 3. Auflage I, S. 533 u. ff. und Roguin, *Conflits des lois suisses* Nr. 428 u. ff.). Solche dinglich gesicherte Rechte können auch dann im Gerichtsstande der gelegenen Sache durch Betreibung und Klage geltend gemacht werden, wenn der Schuldner nicht nur die Existenz des akzessorischen dinglichen Rechtes sondern auch den Bestand der Forderung bestreitet (siehe insbesondere Entscheidungen, Amtliche Sammlung VI, S. 371). Die vom Rekurrenten angeführte Entscheidung in Sachen Potte gegen Favre (Amtliche Sammlung XI, S. 439) widerspricht diesem Grundsatze keineswegs, sondern bestätigt denselben.

2. Danach muß denn die Beschwerde ohne weiters als unbe-

gründet abgewiesen werden, denn es ist in casu gar nicht bestritten, daß vom Rekurrenten ein dingliches Retentionsrecht geltend gemacht ist und ihm, sofern seine Forderung begründet ist, wirklich zusteht. Es handelt sich daher hier jedenfalls nicht um eine auf Umgehung des Art. 59 Abs. 1 B.-V. berechnete Machination.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

60. *Arrêt du 21 Juillet 1891, dans la cause Schneider.*

Le recourant F. Schneider exploite à Renens (Vaud) une fabrique de bois de fusils, et tire du canton du Valais une partie du bois de noyer nécessaire à cette fabrication. Un wagon chargé de billes de noyer se trouvait en gare d'Ardon, prêt à être expédié à Schneider à Renens, lorsque, sous date du 23 Mai 1891, Germain Bétrisey, à Villa-Ayent (Valais), opéra un séquestre sur le dit wagon, en mains du chef de gare d'Ardon. Le motif du séquestre n'est pas indiqué dans l'exploit.

Ayant eu connaissance de ce fait, Schneider déposa au Tribunal fédéral, sous date du 27 Mai 1891, un recours de droit public, concluant à l'annulation du séquestre dont il s'agit, en se fondant sur ce qu'il est solvable et domicilié à Renens. Dans sa réponse, Bétrisey conclut au rejet du recours alléguant ce qui suit :

Au moment où le dernier envoi des noyers achetés en Valais par Bétrisey pour le compte de Schneider allait avoir lieu, Bétrisey était créancier de Schneider, son commettant, d'un montant de 448 francs pour solde. Usant du droit réservé au commissionnaire par l'art. 442 C. O. Bétrisey a fait défense à la Compagnie Jura-Simplon de se dessaisir de la dite marchandise, qu'il fit en même temps mettre sous le poids du séquestre.

Dans sa réplique Schneider conteste que Bétrisey ait jamais été son commissionnaire, mais seulement son employé, dont les fonctions consistaient à rechercher les bois de noyer à vendre dans le canton du Valais. Les achats de bois étaient faits et payés par Schneider directement, et Bétrisey ne peut ainsi invoquer le droit de rétention du commissionnaire. Schneider avait offert à Bétrisey, pour solde de tout compte, la somme de 100 francs supérieure à celle qu'il estime lui devoir encore pour ses services, mais cet employé a refusé de la recevoir.

Statuant et considérant sur ces faits :

En droit :

1° Il est établi par les pièces du dossier que le recourant Schneider est domicilié à Renens (Vaud) dès le mois d'Avril 1890 ; il doit être, en outre, réputé solvable, son insolvabilité n'ayant été ni démontrée, ni même alléguée en procédure.

2° La seule question qui reste à examiner, au point de vue de la violation de l'art. 59 de la Constitution fédérale, est celle de savoir si le séquestre objet du litige a été pratiqué en vertu d'une réclamation personnelle, attendu que, pour le cas où il s'agirait d'un droit réel, le juge de la situation de la chose serait compétent pour séquestrer ou saisir les bois litigieux, en vue de la protection des droits du créancier.

Le Tribunal fédéral n'a pas mission, à l'occasion du présent recours de droit public, pour décider si Bétrisey a réellement agi dans l'espèce en qualité de commissionnaire de Schneider, mais il doit se borner à rechercher si c'est fondé sur un droit réel que le dit Bétrisey a sollicité et obtenu le procédé incriminé.

Il y a lieu, à cet égard, de reconnaître que la prétention en suite de laquelle Bétrisey a agi apparaît comme étant de nature réelle, attendu qu'aux termes de l'art. 228 C. O. le créancier peut, moyennant un avertissement préalable donné au débiteur, poursuivre la réalisation de son droit de rétention, comme un créancier gagiste. A ne considérer que la nature du droit invoqué par Bétrisey, il ne s'agirait donc

point d'une prétention exclusivement personnelle, et l'art. 59 de la Constitution fédérale ne pourrait être invoqué contre le séquestre opéré (voir Arrêts du Tribunal fédéral en les causes Steiger, Recueil officiel, V, p. 307, consid. 1 ; Potte, XI, 439, consid. 1).

3° Les circonstances de la cause sont toutefois de telle nature qu'elles font surgir la présomption que le droit réel allégué n'a été invoqué que pour éluder la garantie que l'art. 59 précité assure au débiteur, auquel cas, conformément à la pratique constante du Tribunal de céans, le dit article n'en doit pas moins recevoir son application (voir Arrêts du Tribunal fédéral en les causes Bär, Recueil officiel, VI, 531, consid. 4 ; Germann, *ibidem* IX, 34, consid. 3).

En effet, pour qu'un commissionnaire puisse, en vertu des art. 442 et 224 C. O., exercer un droit de rétention sur les choses appartenant au créancier, il faut que le dit commissionnaire puisse disposer de ces objets, les ait en sa possession.

Or, à supposer même que la qualité de commissionnaire puisse être reconnue au sieur Bétrisey, — ce qui, ainsi qu'il a été dit, n'est point à examiner ici, — le wagon de billes de noyer, prêt à être expédié de la gare d'Ardon à l'adresse du recourant, ne peut être considéré comme se trouvant en la possession du séquestrant, attendu qu'il résulte de la lettre de voiture du 22 Mai 1891 que l'expédition de ce bois a été faite à la gare d'Ardon par les soins de Jean Borloz, employé de F. Schneider.

Il ressort en outre de la teneur de l'exploit de séquestre des 22/23 Mai 1891 que le séquestrant ne connaissait pas même sur quelles marchandises son procédé devait porter, puisque dans cet exploit, il assigne le chef de gare à l'audience du juge d'Ardon du 30 Juin suivant « aux fins de dé» clarer quelles sont les marchandises par lui détenues, » appartenant à F. Schneider. »

Il y a lieu d'admettre, dans cette situation, que le prétendu droit de rétention invoqué par Bétrisey a été seulement prétexté dans le but de mettre obstacle à la garantie de l'art.

59 de la Constitution fédérale, et qu'il ne saurait dès lors subsister, pas plus que le séquestre lui-même.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et le séquestre imposé par exploits des 22/23 Mai 1891 au préjudice du recourant, en mains de la Compagnie du Jura-Simplon, soit du chef de gare d'Ardon, est déclaré nul et de nul effet.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Zollwesen und Verfahren bei Uebertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze.

Péages et Mode de procéder à la poursuite des contraventions aux lois fiscales.

61. *Sentenza del Tribunale di cassazione del 19 settembre 1891, nella causa del Dipartimento federale dei Dazi contro i coniugi Rizzi.*

A. Il Tribunale d'Appello del Cantone Ticino proferiva il 18 febbraio 1891 la seguente sentenza:

« 1° La contravvenzione opposta ai signori coniugi Rizzi » col processo verbale 11 luglio 1891 e decisione del Dipar- » timento federale dei Dazi 13 agosto 1890, non è ammessa » e quindi i signori coniugi Rizzi sono prosciolti dalla relativa » accusa.

» 2° Le spese giudiziarie e relative di prima instanza » non che le spese giudiziarie d'appello, sono a carico della » lod. Amministrazione federale dei Dazi. »

B. Contro questa sentenza, comunicata alle parti il 21 marzo 1891, il Dipartimento federale dei Dazi interpose ricorso al Tribunale federale di Cassazione il 26 aprile a. c., e ne chiese l'annullazione appoggiato ai seguenti riflessi: A termini dell'articolo 50 *g* della legge doganale del 27 agosto 1851, il

giorno 11 luglio 1890 venne iniziato processo contro i coniugi Rizzi in Ligornetto, per avere gli stessi dichiarato il valore di una carrozza, da loro importata il 16 luglio 1889 per l'ufizio daziario di Stabio, molto al disotto dell'effettivo. Nel mentre cioè il valore reale di detta carrozza, a quanto si è poi potuto risapere più tardi, ascendeva a franchi 3000, la relativa dichiarazione fu fatta per soli franchi 800. Scoperta la contravvenzione ed eretto subito dopo, l'11 luglio 1890, un relativo protocollo dal ricevitore daziario Maderni, il Dipartimento dei Dazi inflisse ai contravventori, conforme all'art. 51 della legge doganale una multa di franchi 1290, corrispondente a sei volte l'importo della tassa daziaria di franchi 215 stata defraudata. Questa decisione non venne però accettata dai coniugi Rizzi, e il caso dovette perciò essere deferto ai tribunali ticinesi. Ma sì la prima che la seconda istanza emise un verdetto assolutorio, partendo dalla considerazione, che dopo che l'Ufficio dei Dazi aveva visitato l'oggetto e quindi riconosciuto la dichiarazione, e dopo riscossone il dazio, l'Amministrazione dei Dazi non avrebbe più avuto il diritto di rinvenire sul caso. Ora si ammette bensì che avvenne una visita della carrozza in discorso da parte dell'impiegato dei Dazi, ma l'introduzione essendo stata fatta di notte, e ciò senza dubbio a bella posta, quell'impiegato, cui del resto fanno difetto le cognizioni e l'esperienza necessaria per valutare simili vetture di lusso, non si è potuto formare un'idea precisa del relativo valore. Ed anche prescindendo da ciò, l'Amministrazione dei Dazi non può assolutamente rinunciare al diritto di punire una frode, anche quando la stessa sia venuta a cognizione solo dopo lo sdoganamento dell'oggetto importato. Questo diritto risulta evidente dall'art. 50 *g* della legge doganale, in relazione coll'art. 20, lett. *a*, della legge 30 giugno 1849 sulla procedura in casi di contravvenzione alle leggi fiscali e poliziarie della Confederazione. Il Dipartimento si riserva del resto un maggiore sviluppo di queste sue argomentazioni.

C. Nella loro risposta al ricorso i coniugi Rizzi sostengono, che il Tribunale di Cassazione non è competente ad occuparsi

della quistione delle prove, ma deve limitarsi semplicemente ad esaminare se esiste uno dei titoli di cassazione enunciati all'art. 18 della legge federale 19 giugno 1848. Che lo stesso non ha da indagare se una defraudazione abbia realmente avuto luogo; ciò essere compito esclusivo dei tribunali ticinesi, dai quali la contravvenzione è stata appunto negata per deficienza assoluta di prove. Avere bensì il Tribunale d'appello del Ticino nei suoi motivati alla sentenza impugnata, espresso in via teorica l'opinione, che avvenuto regolare sdoganamento della merce, vale a dire accettata la dichiarazione del contribuente, fatta la verifica di controllo e rinunciatosi così ad ogni perizia, in base agli artt. 50 della legge doganale e 20, lett. *a*, della legge 30 giugno 1849, e in base ai §§ 26-32 del regolamento 10 ottobre 1881, ogni ulteriore processo di contravvenzione è escluso, tanto più quando si tratti di oggetti tassati *ad valorem*, per i quali una perizia è obligatoria. Ma la sentenza, vale a dire l'assoluzione dei coniugi Rizzi, non è assolutamente fondata sopra quella interpretazione di legge, bensì sopra il fatto che le prove furono ritenute davvero mancanti. La sentenza suddetta non potrebbe perciò venire annullata, neppure nel caso che il Tribunale di Cassazione dovesse ritenere l'interpretazione adottata dal Tribunale d'appello per inaccettabile. Riferendosi poi alla domanda espressa dal Dipartimento dei Dazi di essere ammesso ad un maggiore sviluppo del suo petito, i coniugi Rizzi si riservano in tal caso essi pure di opporre le loro eventuali osservazioni. Domandano poi, sotto riserva di chiedere davanti i tribunali cantonali rifusione dei danni e delle spese, che all'Amministrazione dei Dazi siano applicati gli artt. 17 e 18 della legge 30 giugno 1849, e conchiudono nel senso, che respinta qualsiasi produzione di nuovi allegati, che potesse farsi dalla Amministrazione suddetta dopo decorso il termine stabilito dall'art. 18 della legge 30 giugno 1849, il ricorso del Dipartimento federale in data del 16 aprile 1891 sia dichiarato completamente infondato, e condannato quest'ultimo alle spese giudiziarie e ripetibili; riservata ogni azione per danni e spese precedenti, qualora il Tribunale di Cassazione non se ne voglia occupare.

D. Nella replica il Dipartimento dei Dazi adduce quanto segue: Il ricorso inoltrato si fonda oltre al motivo che la sentenza è contraria a disposizioni positive di legge, anche sopra diffetti essenziali di forma. Fra quest'ultimi, già stati del resto denunciati, quantunque inutilmente, al giudice cantonale, sono da noverarsi:

1° l'assenza al procedimento di uno dei coniugi Rizzi (il D^re^ Paolo Rizzi);

2° il fatto che nè l'uno nè l'altro dei coniugi Rizzi fu interrogato sulla contravvenzione imputatagli, e se riconosceva o meno l'esattezza del protocollo;

3° il fatto che i coniugi Rizzi non fecero nessuna controprova al processo verbale di contravvenzione eretto d'ufficio.

Questi diffetti di forma essere tali da implicare, secondo la riforma del Codice di procedura penale e la legge cantonale 8 dicembre 1855, la nullità di tutto il procedimento. La Direzione dei Dazi insiste poi ancora su quanto aveva già prima affermato, che cioè la sentenza impugnata si basa sopra falsa interpretazione della legge, ossia degli art^i^. 50 e 51 della legge doganale e dell'art. 32 del relativo regolamento 18 ottobre 1881, e sostiene inoltre che negli apprezzamenti delle prove la sentenza suddetta lede anche gli art^i^. 169, 171 e 174 della legge cantonale 8 dicembre 1855. In questo rapporto poi il Tribunale di Cassazione, se non è competente a valutare le controprove esibite dai prevenuti contro il processo verbale, lo è però senza dubbio per esaminare la sentenza in quanto essa riflette le prove prodotte a sostegno dello stesso. Ora i coniugi Rizzi non hanno in concreto esibito nessuna controprova, nel mentre che dalle loro confessioni e dalle deposizioni di tutti i testimoni invocati dall'Amministrazione dei Dazi, risulta provato che fu da loro fatta una dichiarazione inferiore al vero almeno del 10 %. Il dolo non è richiesto per costituire una contravvenzione, basta il fatto di una dichiarazione inesatta. I tribunali ticinesi hanno poi anche invertita la posizione giuridica delle parti. Per tutte queste ragioni da lui accampate, il Dipartimento dei Dazi crede il

ricorso fondato, e conchiude domandando, che il Tribunale di Cassazione abbia ad annullare la sentenza 15 ottobre 1890 e 18 febbraio 1891, prolate dai tribunali ticinesi nel processo di contravvenzione a carico dei coniugi Rizzi di Milano, domiciliati a Ligornetto, e che abbia a rinviare gli atti ad altro tribunale del medesimo rango per un nuovo e definitivo giudizio, condannando i convenuti a tutte le spese di cassazione.

E. Duplicando i coniugi Rizzi sostengono: Nel suo ricorso l'Amministrazione dei Dazi ha indicato come titolo di cassazione solo la violazione di disposizioni positive di legge; l'argomento delle lesioni di forma non fu accampato che nella replica 20 giugno 1891. Ciò non è ammissibile. Tutti i titoli di cassazione devono essere menzionati nell'atto di ricorso, da inoltrarsi entro i termini stabiliti per legge; più tardi non è più permesso di sollevarne ancora dei nuovi. L'Amministrazione dei Dazi è poi anche preclusa nel diritto di proporre ora delle eccezioni di forma riferentisi al procedimento di prima istanza, pel fatto che ha tralasciato di farle valere davanti il Tribunale di appello. Del resto nessuno dei vizi obiettati potrebbe giustificare una domanda in cassazione. — Per quanto concerne poi la violazione di disposizioni positive di legge, la sentenza non è basata sopra l'interpretazione indicata dal Dipartimento dei Dazi, ma bensì sulla deficienza assoluta di prove; questione questa che sfugge alla competenza del Tribunale di Cassazione. L'affermare che quest'ultimo possa sottoporre a controllo, se non le contreprove degli imputati, le prove almeno che l'Amministrazione dei Dazi ha esibito a sostegno del processo verbale, manca di ogni fondamento. — Ammesso poi anche il principio, che è punibile ogni dichiarazione inesatta fatta a danno dell'erario, in concreto ciò non avrebbe potuto portare a nessuna condanna. Il delitto deve in ogni caso essere verificato nelle forme stabilite per legge. Ora l'art. 26 del regolamento del 1881 prescrive, che gli uffici di dazio, trattandosi di merce tassata *ad valorem*, o non volendo riconoscere la dichiarazione del contribuente, abbiano da rifiutarsi ad accettarla,

provocare una perizia, e qualora la stessa stabilisca per l'oggetto in questione un valore eccedente d'oltre il 10 % quello dichiarato, far verificare la contravenzione a protocollo. Se ciò si tralascia, più tardi non è più possibile nessuna verifica. Ma nulla di tutto ciò è avvenuto in concreto. Non è assolutamente vero che i coniugi Rizzi abbiano ammesso di aver fatto una dichiarazione al di sotto del valore effettivo. Che poi l'importo dichiarato in meno sia stato oltre al 10 %, nessuna prova, secondo le regole processuali delle leggi ticinesi, potè essere raggiunta. Il protocollo eretto susseguentemente l'11 luglio 1891 non prova assolutamente nulla. Esso non fa che dichiarare che nella rimessa dei coniugi Rizzi venne trovata una carrozza, di cui un domestico licenziato dai signori Rizzi ha sostenuto che abbia costato franchi 3000, ed alla quale il ricevitore dei dazi attribuisce egli pure un simile valore. Ma il ricevitore dei dazi non è un perito, e la sua dichiarazione non ha quindi valore di prova.

Quanto ai testimoni, le loro deposizioni non vanno punto d'accordo sul valore, rispettivamente sul prezzo pagato per la carrozza in discorso; anzi una parte di essi sono persone che non attestano di vera e propria scienza. Ad una perizia poi non si è proceduto, dietro opposizione appunto della parte ricorrente. Una prova della contravvenzione non è stata dunque fornita. Conchiude perciò, che il ricorso dell'Amministrazione dei Dazi debba essere rejetto, e condannata quest'ultima a risarcire ai coniugi Rizzi, a titolo di spese e di danni una somma da fissarsi a libero arbitrio dal Tribunale.

Il Tribunale di Cassazione parte dai seguenti riflessi:

1° L'art. 18 della legge federale sulla procedura nei casi di contravvenzione alle leggi fiscali e di polizia della Confederazione prescrive, che eventuali domande in cassazione debbano essere inoltrate entro 30 giorni dall'intimazione del giudizio. Tutti i titoli di cassazione devono dunque per logica necessità essere addotti entro il termine suddetto, nè può essere lecito più tardi nel corso della procedura, di sollevarne degli altri che non siano già stati enunciati nell'atto di ricorso. Un procedere opposto equivarebbe nè più nè meno

che ad ammettere delle nuove domande di cassazione quando il termine legale è già spirato, e starebbe perciò in aperta contraddizione col senso e col testo della legge.

2° Per questo riflesso, i titoli di cassazione accennati dall'Amministrazione dei Dazi solo nell'allegato di replica, riferentisi a pretesi vizi di forma, devono essere elìminati *a priori*, per cui non resta più che a vedere, se il solo motivo a cui fa capo l'atto di ricorso, che cioè la sentenza querelata sia lesiva di precise disposizioni di legge (vale a dire degli artt. 50, *g*, della legge doganale e 20, lett. *a*, della legge 30 giugno 1849) sia realmente fondato.

3° E questo ne è veramente il caso. La sentenza impugnata pretende che per merce tassata *ad valorem*, accettata che sia la dichiarazione del contribuente senza che sia stata sollevata opposizione, ed eseguito il relativo sdoganamento, non possa più essere intentato processo. Essere necessario perchè l'azione penale continui a sussistere, che il ricevitore dei Dazi contesti la dichiarazione fatta, provochi secondo l'art. 26 del regolamento 18 ottobre 1881 una perizia, e in base alla stessa registri l'avvenuta contravvenzione a processo verbale. Questa essere la via e la procedura tassativamente prescritta dall'art. 26 del regolamento citato, per la verifica di una defraudazione daziaria in caso di dichiarazione inesatta. Questa opinione però è erronea. Essa dà all'art. 26 del regolamento 18 ottobre 1881 un significato che lo stesso assolutamente non ha, ledendo così gli artt. 50 *g* della legge doganale e 20 della legge 30 giugno 1849. L'art. 50 *g* della legge doganale annovera fra i casi di contravvenzione daziaria anche quello, che qualcuno faccia una dichiarazione inferiore al valore effettivo di oltre il 10 %, e frodi così la tassa dovuta. Secondo l'art. 20 della legge 30 giugno 1849 poi, l'azione penale per contravvenzione alle leggi fiscali e poliziarie della Confederazione non si prescrive, quando il reato non fu scoperto prima, che dopo il periodo di un anno. Questo dispositivo dell'art. 20 vale indubbiamente anche per le contravvenzioni enunciate all'art. 50 *g*; anche per esse dunque può essere iniziato processo entro un anno dal giorno

in cui fu commesso il reato, tranne che una disposizione speciale di legge non le vincoli ad una prescrizione più breve. Una disposizione simile però non esiste. Anche l'art. 26 del regolamento 18 ottobre 1881 non può essere invocato in proposito. Detto articolo non prescrive, come sembra sia stata l'opinione del giudice cantonale, che in caso di infrazione all'art. 50 *g* della legge doganale, l'azione penale debba essere estinta se il reato non è stato scoperto subito nel momento in cui fu commesso, o se subito allora non è stato verificato nei modi previsti. Detto articolo non contiene neppure un precetto vero e proprio di diritto o di procedura, ma solo una semplice istruzione. Esso indica agli impiegati daziari il modo come abbiano a contenersi, quando venga importata o esportata della merce da tassarsi in ragione del valore, senza che il conducente o il contribuente voglia o sia in grado di presentarne la fattura, oppure quando la di lui dichiarazione apparisca sospetta. Ma riguardo al periodo di tempo, durante il quale è proponibile l'azione penale, e riguardo ai mezzi di prova, valgono anche per i casi dell'art. 50 *g* le disposizioni generali della legge doganale. Coll'istruzione impartita nell'art. 26 del regolamento 1881, il Consiglio federale non poteva nè voleva derogarsi. — Provato così che la motivazione della sentenza contro cui fu ricorso, è davvero contraria a disposizioni positive di legge, ne risulta che la sentenza deve essere annulata, e rinviato il caso ad altro tribunale del medesimo rango per essere trattato di nuovo. La parte convenuta oppone bensì, che l'opinione del giudice cantonale sopra espressa non sta in nesso causale colla sentenza, e che quest'ultima è invece basata sopra un altro motivo a sè, quello che non sia stata fornita la prova di una dichiarazione inferiore al valore effettivo di almeno il 10 %. Il motivo che questa prova non sia stata raggiunta, si trova di fatti menzionato nello sentenza in discorso; ma anche questa considerazione, anziche essere indipendente, è subordinata all'interpretazione data dal giudice d'appello all'art. 26 del regolamento 18 ottobre 1881, interpretazione dimostrata inconciliabile coll'art. 20 della legge 30 giugno 1849. Il giudice di appello

parte cioè dal punto di vista, che nel caso dell'art. 50 *g* della legge doganale, perchè un protocollo di contravvenzione possa avere valore di prova, la dichiarazione del contribuente debba essera stata impugnata, eseguita subito dopo una perizia, e verificata poi la contravvenzione a processo verbale. Ora questa è appunto la tesi che venne dimostrata come in contraddizione colla legge.

4° Ritenuta così la nullità della sentenza ricorsa, è d'uopo ancora osservare, che la questione delle prove deve essere giudicata esclusivamente in base ai dispositivi della legge federale 30 giugno 1849, e non dietro le norme stabilite dalla procedura penale del cantone. Diffatti il modo di procedere in casi di contravvenzione alle leggi fiscali e poliziarie della Confederazione, non chè il relativo sistema di prove, è regolato dalla legge federale citata, così che l'applicazione di regole probatorie di diritto cantonale è esclusa, malgrado che le parti, l'Amministrazione federale stessa, sembri in concreto aver nutrito un'opinione diversa.

Perciò il Tribunale di Cassazione

pronuncia :

Il ricorso in cassazione del Dipartimento federale dei Dazi è ritenuto fondato, la sentenza del Tribunale di appello del cantone Ticino 18 febbraio 1891 è annullata, e il caso è rinviato al Tribunale cantonale dei Grigioni per nuovo definitivo giudizio.

II. Bundesstrafrechtspflege. — Procédure pénale fédérale.

62. Urtheil des Kassationsgerichtes vom 17. September 1891 in Sachen Respini und Genossen gegen Simen und Genossen.

A. Durch Beschluß der Anklagekammer des Bundesgerichtes vom 6. April 1891 wurden unter der Anklage, am 11. September 1890 mit rechtswidrigem Vorsatze an einem Unternehmen Theil genommen zu haben, welches die gewaltsame Vertreibung und Auflösung der Regierung des Kantons Tessin zum Zwecke hatte, die nachfolgenden Personen den eidgenössischen Assisen überwiesen: 1. Simen, Rinaldo, Direktor des Journals il Dovere, von Bellinzona, in Minusio; 2. Bruni, Germano, von und in Bellinzona, Advokat; 3. Manzoni, Romeo, Dr. phil., Institutsvorsteher, von Arogno, in Maroggia; 4. Bertoni, Brenno, Advokat und Notar, von Lottigna, in Bellinzona; 5. Curti, Curzio, Advokat und Notar, von Cureglia, in Bellinzona; 6. Holtmann, Francesco, Kaufmann, von Biganello, in Lugano; 7. Soldini, Antonio, Bildhauer, von Chiasso, in Mailand; 8. Ronchetti, Pietro, Eisenbahnunternehmer, von Lugano, in Bissone; 9. Rusconi, Giuseppe, Kaufmann, von Bellinzona, in Giubiasco; 10. Moretti, Carlo, Post- und Telegraphenangestellter, von Stabio, in Giubiasco; 11. Colombi, Elia, Typograph, von und in Bellinzona; 12. Odoni, Antonio, von und in Bellinzona, Eisenbahnangestellter; 13. Delmonico, Dario, Advokat und Notar, von Monteggio, in Sessa; 14. Camuzzi, Demetrio, Architekt, von und in Montagnola; 15. Buzzi, Emilio, Postkommis, von Cureglia, in Lugano; 16. Berra, Edoardo, Architekt, von und in Montagnola; 17. Imperatori, Natale, Kaufmann, von und in Lugano; 18. Crescionini, Leopoldo, Kaufmann, von und in Magliaso; 19. Bariffi, Francesco, Schuhmacher, von und in Lugano; 20. Brientini, Carlo, Buch-

händler, in Lugano. Durch Beschluß der Kriminalkammer des Bundesgerichtes vom 11. April 1891 wurde die Sache an die Assisen des III. eidgenössischen Geschwornenbezirks in Zürich verwiesen und es begannen die Verhandlungen vor denselben am 29. Juni 1891. Nachdem der Präsident die Verhandlung für eröffnet erklärt hatte, stellten sich die Advokaten Dr. E. Feigenwinter in Basel und Dr. F. Schmid in Altdorf vor, mit der Erklärung, daß sie zur Vertretung der im Ingresse dieses Urtheils bezeichneten Personen bevollmächtigt seien, welche als Civilparteien aufzutreten gedenken. Nachdem der Präsident hierauf, nach Verlesung der Anklageakte die Parteien angefragt hatte, ob keine Vorfragen aufgeworfen werden, reichte Advokat Dr. Feigenwinter Namens der Civilparteien schriftlich einen Antrag auf Einvernahme verschiedener Zeugen ein. Bundesanwaltschaft und Vertheidigung widersetzten sich diesem Begehren, weil den Civilparteien vor dem Schuldspruche das Wort überhaupt nicht zustehe. Dr. Feigenwinter ersuchte um das Wort, um nachzuweisen daß die Civilpartei zu Stellung ihres Antrages berechtigt sei. Nach gepflogener öffentlicher Berathung verweigerte ihm indeß die Kriminalkammer (mit 2 gegen 1 Stimme) das Wort auch über diese Vorfrage und wies einstimmig durch motivirten Beschluß die Intervention der Civilparteien vor dem Schuldspruche zurück. Nachdem am 14. Juli 1891 die Parteiverhandlungen über die Schuldfrage für geschlossen erklärt worden waren, wurde zur Aufstellung der Fragen an die Geschwornen geschritten. Das Verhandlungsprotokoll enthält hierüber, sowie über die Eröffnung des Wahrspruches folgendes: „Der Präsident setzt den Geschwornen die von ihnen zu „lösende Aufgabe auseinander; er verliest die den Geschwornen zu „stellenden Fragen. Dieselben lauten folgendermaßen: I. Ist der „Angeklagte Rinaldo Simen schuldig, mit rechtswidrigem Vorsatze „an einem Unternehmen, welches am 11. September 1890 die „gewaltsame Vertreibung und Auflösung der Regierung des Kan„tons Tessin zum Zwecke hatte, Theil genommen zu haben?"

„Gleiche Frage für 1. Bruni, Germano; u. s. w.

„II. Für den Fall der Bejahung der Frage I:

„Hat der Angeklagte Rinaldo Simen bei seiner Theilnahme an „dem Unternehmen, welches am 11. September 1890 die gewalt-

„same Vertreibung und Auflösung der Regierung des Kantons „Tessin zum Zwecke hatte, aus gerechter Nothwehr gehandelt, um „sein und seiner Nebenmenschen Leib, Leben, Eigenthum oder Frei„heit zu schützen?"

„Gleiche Frage für „1. Bruni Germano; u. s. w.

„Der Generalanwalt erhebt gegen die Fragestellung keine Ein„wendung. Dagegen erhebt die Vertheidigung Einwendung gegen „dieselbe, indem sie ausführt, daß die Nothwehr den rechts„widrigen Vorsatz ausschließe und daher entweder nur Eine Frage „zu stellen oder doch aus der ersten Frage die Worte „mit rechts„widrigem Vorsatze" auszumerzen seien; sie ruft den Entscheid der „Kriminalkammer an. Diese hält indeß mit Rücksicht auf Art. 101 „der Bundesstrafrechtspflege, wonach über die Behauptung der „Nothwehr eine besondere Frage gestellt werden muß, die Frage„stellung des Präsidenten aufrecht. Sodann übergibt der Präsident „dem Vorsteher der Geschwornen die geschriebenen Fragen. Die „Geschwornen ziehen sich in das Berathungszimmer zurück, wel„ches bewacht wird. Um 5 Uhr 10 Minuten treten die Geschwor„nen wieder ein und nehmen ihre Sitze ein. Der Bundesanwalt, „die Angeklagten und deren Vertheidiger, ebenso wie die Richter „und der Gerichtschreiber sowie die Uebersetzer sind anwesend. Der „Präsident frägt den Obmann der Geschwornen an, ob bei der „Berathung der Geschwornen alle gesetzlichen Formen genau seien „beobachtet worden. Derselbe bejaht diese Frage und erhebt sich „sodann um den Wahrspruch der Geschwornen zu eröffnen. Der„selbe geht (mit mehr als 10 Stimmen) dahin: Auf die erste „Frage: Ist der Angeklagte Rinaldo Simen schuldig, mit rechts„widrigem Vorsatze an einem Unternehmen, welches am 11. Sep„tember 1890 die gewaltsame Vertreibung und Auflösung der Re„gierung des Kantons Tessin zum Zwecke hatte, Theil genommen „zu haben? Nein; ebenso wird die gleiche Frage für die sämmt„lichen übrigen Angeklagten . . . . . einzeln mit Nein beant„wortet. (Die zweite Frage fällt in Folge dessen für sämmtliche „Angeklagte dahin). Der Obmann der Geschwornen übergibt den „von ihm unterzeichneten Wahrspruch dem Präsidenten, in Gegen„wart der Richter, der Geschwornen, des Bundesanwaltes, der „Angeklagten und ihrer Vertheidiger."

Daraufhin hat der Präsident des Assisenhofes, gestützt auf den Wahrspruch der Geschwornen gemäß Art. 114 der Bundesstrafrechtspflege erkannt: Die sämmtlichen Angeklagten sind von Schuld und Strafe freigesprochen. Nachdem die Vertheidigung erklärt hatte, die Angeklagten verzichten auf eine Entschädigungsforderung und die Bundesanwaltschaft erklärt hatte, sie habe weitere Anträge nicht zu stellen, erklärte der Präsident die Sitzung für geschlossen, in der Meinung, daß die Kosten des Verfahrens, nachdem ein gegentheiliger Antrag nicht gestellt sei, gemäß Art. 121 der Bundesstrafrechtspflege vom Bunde zu tragen seien. Nach geschehener Eröffnung des Wahrspruches hatten die Advokaten Dr. Feigenwinter und Dr. Schmid dem Präsidenten des Assisenhofes eine schriftliche Eingabe eingereicht, dahin gehend: „Die unterzeichneten „Vertreter der Civilparteien melden sich hiemit zum Worte an; „um über den Civilanspruch eventuell über die Frage, ob nicht „trotz des freisprechenden Wahrspruches der Geschwornen über „unsere Civilansprüche ein Entscheid zu fällen und wir mit den„selben zu hören seien." Der Präsident des Assisenhofes gab indeß dieser Eingabe keine Folge.

B. Mit Eingabe datirt den 18./20. Juli 1891, eingereicht am 22. gleichen Monats stellen die Advokaten Dr. E. Feigenwinter und Dr. F. Schmid beim Kassationsgerichte des Bundesgerichtes als Vertreter einer Anzahl durch die Ereignisse vom 11. September 1890 geschädigter Personen „unter Berufung auf Art. 149 der Strafprozeßordnung" das Gesuch: Es sei das Urtheil des eidgenössischen Assisenhofes vom 14. Juli 1891, durch welches die des Aufstandes vom 11. September 1890 angeklagten Tessiner, Rinaldo Simen und Konsorten freigesprochen wurden, hinsichtlich des Civilpunktes zu kassiren. Sie machen folgende Kassationsgründe geltend:

1. Die Freisprechung der Angeklagten schließe nicht nothwendigerweise die Verurtheilung derselben zu einer Entschädigung an die Civilpartei aus. Das Bundesgesetz betreffend die Bundesstrafrechtspflege sehe in Art. 126 ausdrücklich den Fall vor, daß auch bei freisprechendem Urtheil die Entschädigungsforderung noch zur Geltung gebracht und eventuell zugesprochen werde. Es bestimme nämlich in Art. 126: „Lautet das Urtheil auf Freisprechung, so

„müssen in demselben enthalten sein . . . . . b. Die Verfügung „bezüglich der Prozeßkosten, des Schadenersatzes und anderer Civil„entschädigungen, wenn solche stattfinden."

Solle nun aber die Urtheilsausfertigung eine solche Verfügung über den Civilpunkt enthalten, so müsse doch gewiß über diesen Punkt ein Urtheil ergehen und müsse doch sicherlich auch der Civilpartei zur Begründung ihres Anspruches das Wort ertheilt werden, wenn diese nämlich trotz der Freisprechung noch ihren Anspruch aufrecht erhalte. Demnach liege in der Weigerung des Assisenpräsidenten den Kassationsklägern, nach Eröffnung des Wahrspruches, das Wort zur Begründung ihrer Ansprüche zu ertheilen, ein so wesentlicher Mangel des Verfahrens, daß die Kassationsbeschwerde begründet sei. Art. 136 der Bundesstrafrechtspflege gebe den Geschädigten das Recht in Betreff des Civilpunktes die Kassation zu verlangen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach der Praxis des Bundesgerichtes habe nun die Civilpartei im Bundesstrafprozesse überhaupt kein anderes Recht als die Akten einzusehen, der Verhandlung beizuwohnen, und nach erfolgtem Wahrspruch der Geschwornen über die Entschädigungsforderung das Wort zu verlangen. Es wäre doch offensichtlich gegen das Gesetz, wenn man nun der Civilpartei auch noch dieses Recht bestreiten und verkümmern wollte.

2. Der Vorsteher der Geschwornen habe bei Eröffnung des Wahrspruches in Verlesung der ersten der an die Geschwornen gestellten Fragen, statt der Worte „mit rechtswidrigem Vorsatze" zweimal gelesen mit regelwidrigem Vorsatze, ohne daß dies korrigirt worden wäre. Es müsse angenommen werden, die den Geschwornen übergebenen Fragen seien so undeutlich geschrieben gewesen, daß der Obmann das Wort „rechtswidrig" nicht habe lesen können und mit „regelwidrig" verwechselt habe und daß also die Geschwornen in der That nur die Frage mit Nein beantwortet haben, ob die Angeklagten mit regelwidrigem Vorsatze die That vom 11. September 1890 ausgeführt haben. Dieser Punkt sei von wesentlicher Bedeutung; denn daß die Geschwornen unter dem regelwidrigen Vorsatze das Gleiche verstanden haben, was die Kriminalkammer unter rechtswidrigem Vorsatze sei nicht bewiesen und in der That gar nicht wahrscheinlich.

3. Es sei nicht eröffnet worden, mit welcher Stimmenzahl der Wahrspruch der Geschwornen gefaßt worden sei. Dieser letztere Kassationsgrund ist bei der heutigen Verhandlung fallen gelassen worden.

C. Die Bundesanwaltschaft trägt in schriftlicher Eingabe vom 29. August 1891 auf Verwerfung des Kassationsgesuches an, indem sie im Wesentlichen ausführt:

1. Der oder die Gründe, gestützt auf welche nach Anleitung des Art. 149 der Bundesstrafrechtspflege eine Kassation stattfinde, seien in der Eingabe nicht näher bezeichnet, wie dies nach Art. 136 Lemma 2 cit. vorgeschrieben sei, sondern es werden lediglich einige Momente angeführt, welche nach Ansicht der Kassationskläger einen wesentlichen Mangel des Verfahrens involviren sollen.

2. Nach Art. 136 leg. cit. könne von den Geschädigten nur rücksichtlich des Civilpunktes die Kassation nachgesucht werden, eine Anfechtung des Verfahrens vor den Assisen selbst, des Wahrspruches der Geschwornen und des Urtheils der Kriminalkammer über die Schuldfrage stehe ihnen nicht zu. Die Kassationsgründe 2 und 3 fallen also, ganz abgesehen davon, ob die gemachten Angaben richtig oder unrichtig seien, vollständig außer Würdigung, weil sie sich auf die Thätigkeit der Geschwornen respektive ihres Obmanns beziehen.

3. Es sei richtig, daß eine Freisprechung der Angeklagten nicht nothwendigerweise die Verurtheilung derselben zu einer Entschädigung an die Civilpartei ausschließe.

In concreto handle es sich aber nicht darum, ob die Angeschuldigten für den durch sie verursachten Schaden aufzukommen haben, sondern um die ganz andere Frage, ob der Strafrichter, die Kriminalkammer, auch bei einem freisprechenden Urtheile verpflichtet oder überhaupt berechtigt sei über derartige Civilansprüche zu entscheiden. Diese Frage sei unbedingt zu verneinen. Die Ansprüche der Civilpartei können im Strafprozeße allerdings im Wege der Adhäsion geltend gemacht werden, aber diese letztere habe zur selbstverständlichen Voraussetzung ein Vergehen, eine Schuldigerklärung des Angeklagten. Demgemäß schreibe denn auch Art. 115 leg. cit. in fine vor, daß wenn der Beklagte schuldig erklärt worden sei, auch dem Geschädigten selbst das Wort zustehe. Der

von den Kassationsklägern angerufene Art. 126 litt. b beschlage nicht die Ansprüche der Civilpartei, sondern den Schadenersatz, die Entschädigung, welche der freigesprochene Angeklagte für sich fordere und stehe im Zusammenhange mit Art. 122 leg. cit., wonach das Gericht dem freigesprochenen Angeklagten eine Vergütung für Auslagen und andere Nachtheile bewilligen könne. Ein Kassationsbegehren sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur dann begründet, wenn den Kassationsklägern durch das angegriffene Urtheil ein wirkliches Unrecht zugefügt worden sei. Dies treffe aber hier nicht zu. Die Civilparteien seien mit ihren Ansprüchen nicht abgewiesen, sondern es stehe ihnen die Geltendmachung derselben im Civilprozesse vor dem ordentlichen Richter offen.

D. Bei der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Kassationskläger den Schluß seines Kassationsgesuches aufrecht erhalten, der Vertreter der freigesprochenen Angeklagten dagegen auf Abweisung desselben unter Kosten- und Entschädigungsfolge angetragen, letzterer mit dem Beifügen, daß er zu Protokoll erkläre, daß den Civilparteien selbstverständlich das Recht gewahrt bleibe, ihre Civilansprüche (mit Ausnahme natürlich eines Kostenersatzanspruches für das schwurgerichtliche Verfahren) im Civilwege geltend zu machen, vorbehältlich der materiell-rechtlichen Einwendungen der Beklagten.

Das Kassationsgericht zieht in Erwägung:

1. Das Kassationsgesuch spricht sich nicht bestimmt darüber aus, welche der in Art. 149 litt. a—e der Bundesstrafrechtspflege aufgezählten Kassationsgründe geltend gemacht werden wollen, sondern beruft sich nur im Allgemeinen auf Art. 149. Dieser Mangel kann indeß nicht dazu führen, das Gesuch aus formellen Gründen abzulehnen. Denn es sind immerhin im Kassationsgesuche diejenigen Momente angegeben, in welchen die Kassationskläger einen Kassationsgrund erblicken und es erscheint dies als genügend, da aus der Begründung des Kassationsgesuches wie aus dem heutigen Vortrage der Kassationskläger sich klar ergibt, daß dieselben sich auf die Kassationsgründe des Art. 149 litt. c und e der Bundesstrafrechtspflege haben berufen wollen.

2. Nachdem heute der dritte Kassationsgrund (Nichtangabe des Stimmenverhältnisses, mit welchem der Wahrspruch gefaßt wurde)

ist fallen gelassen worden, handelt es sich nur noch um die beiden ersten Kassationsgründe. Was nun vorerst den zweiten derselben anbelangt, so sind in dieser Richtung die Kassationskläger zur Beschwerde gar nicht legitimirt. Nach Art. 136 der Bundesstrafrechtspflege können die Geschädigten die Kassation „nur in Betreff des Civilpunktes" nachsuchen. Es wird ihnen also nicht etwa das Recht eingeräumt zur Wahrung ihrer Civilinteressen und mit Beschränkung der Wirkung des Rechtsmittels auf dieselben Verfahren und Urtheil in vollem Umfange, d. h. auch in Betreff der Schuldfrage anzufechten, sondern sie sind zur Beschwerde nur rücksichtlich derjenigen Verhandlungen und Entscheidungen befugt, welche sich speziell auf den Civilpunkt beziehen, d. h. die Behandlung und Entscheidung der Civilansprüche zum Gegenstande haben. Dies ist um so mehr anzunehmen, als das Bundesgesetz, wie unten zu zeigen sein wird, den Geschädigten überhaupt irgend welche Einwirkung auf die Verhandlung über die Schuldfrage nicht einräumt. Der bundesräthliche Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Bundesstrafrechtspflege freilich hatte (in Art. 120) der Civilpartei den Kassationsrekurs gegen Endurtheile des Assisenhofes unbeschränkt eingeräumt; allein dies ist durch die eidgenössischen Räthe geändert und im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen worden, daß von dem Geschädigten nur in Betreff des Civilpunktes die Kassation nachgesucht werden kann. Danach ist denn klar, daß die Kassationskläger nicht befugt sind, den behaupteten bei der Eröffnung des Wahrspruches durch den Vorsteher der Geschwornen begangenen Verstoß zu rügen. Uebrigens leuchtet ohne weiteres ein, daß der Kassationsgrund des Art. 149 litt. c, um welchen es sich offenbar handeln würde, durchaus nicht gegeben ist. Von einer Verletzung gesetzlicher Prozeßformen, welche mit Wahrscheinlichkeit das Urtheil in Beziehung auf Schuld oder Strafe beeinflussen konnte, kann hier in der That nicht die Rede sein. Die den Geschwornen übergebenen schriftlichen Fragen, welchen die schriftliche, vom Vorsteher unterzeichnete Antwort beigefügt ist, enthalten deutlich die Worte „mit rechtswidrigem Vorsatze". Sie waren in ihrer richtigen Fassung vom Assisenpräsidenten in der Sitzung verlesen worden und es war über die Worte „mit rechtswidrigem Vorsatze" noch speziell verhandelt worden; es kann also ein Zweifel darüber

nicht obwalten, daß der Jury die Fragen in ihrer richtigen Fassung vorgelegen haben und bekannt waren, und daß die Antworten der Jury sich auf diese beziehen. Wenn, wie die Kassationskläger behaupten, der Vorsteher der Geschwornen bei der mündlichen Eröffnung des Wahrspruches statt rechtswidrig gelesen hat regelwidrig, so ist das offenbar auf ein bloßes „Versprechen", einen einfachen lapsus linguae zurückzuführen und involvirt in keiner Weise einen Kassationsgrund.

3. Was den ersten Kassationsgrund anbelangt, so ist anzuerkennen, daß die Kassationskläger zu dessen Geltendmachung befugt sind und es ist materiell auf die Prüfung der Beschwerde einzutreten. Der Anwalt der freigesprochenen Angeklagten hat zwar heute eingewendet, das Kassationsgesuch richte sich einzig gegen das Urtheil; das Urtheil enthalte aber über den Civilpunkt irgendwelche Bestimmung nicht, wie denn auch vom Gerichte eine Entscheidung über denselben nicht getroffen worden sei und es könne daher nicht davon die Rede sein, dasselbe hinsichtlich des Civilpunktes zu kassiren. Allein dies erscheint doch nicht als richtig. Der Schluß des Kassationsgesuches ist zwar allerdings nicht ganz adäquat gefaßt, allein der Sinn des Gesuches ist offenbar der, die Weigerung des Assisenpräsidenten, den Geschädigten das Wort über ihre Civilansprüche zu ertheilen, respektive die Thatsache, daß die Kriminalkammer, nach dem verneinenden Wahrspruch der Geschwornen, eine weitere Verhandlung über die Civilansprüche nicht veranstaltet habe, involvire den Kassationsgrund des Art. 149 litt. e. der Bundesstrafrechtspflege, da die Kriminalkammer keine oder eine falsche Anwendung des Gesetzes gemacht habe; der begangene Verstoß sei dadurch auszugleichen, daß eine nachträgliche Verhandlung und Entscheidung über die Civilansprüche, sei es auch nur im Sinne ausdrücklicher Verweisung derselben an den Civilrichter, angeordnet werde. Ein derartiges Kassationsgesuch, welches die Remedur einer behaupteten Gesetzesverletzung durch Anordnung des Nachholens einer unterlassenen Verhandlung und Entscheidung nachsucht, erscheint nach Art. 149 litt. e. des Gesetzes als statthaft.

4. In der Sache selbst ist richtig, daß die Freisprechung der Angeklagten im Strafpunkte nicht nothwendig die Verurtheilung derselben zu einer Civilentschädigung ausschließt. Civil- und Straf-

anspruch sind ja ihrer innern Natur nach verschieden und der Bestand der civilrechtlichen Schadenersatzpflicht ist nicht durch das Vorhandensein eines strafrechtlichen Thatbestandes bedingt. Allein dies ist, wie die Bundesanwaltschaft richtig bemerkt, nicht die im vorliegenden Falle entscheidende Frage. Entscheidend ist hier vielmehr, ob der Strafrichter, die Kriminalkammer, nach der Verneinung der Schuldfrage durch die Geschwornen zu Beurtheilung der Civilansprüche gesetzlich noch verpflichtet und berechtigt war. Diese Frage ist zu verneinen. Der Adhäsionsprozeß wird bekanntlich in den Gesetzgebungen sehr verschieden behandelt. Einzelne Gesetze z. B. die deutsche Strafprozeßordnung schließen ihn überhaupt aus; andere lassen eine verbundene Behandlung der Civil- und Strafklage zu, allein in verschiedener Ausdehnung und verschiedener Gestaltung. Speziell darüber, ob der Strafrichter auch bei Freisprechung im Strafpunkte über die Civilansprüche des Geschädigten zu urtheilen habe, gehen die Gesetzgebungen auseinander; einzelne Gesetze (z. B. die bernische Strafprozeßordnung) bejahen diese Frage allgemein, andere (z. B. das zürcherische Recht, siehe Streuli, Kommentar zum Rechtspflegegesetz, Art. 907) verneinen sie ebenso allgemein, noch andere endlich (z. B. das französische Recht) unterscheiden je nach der Art des Verfahrens. Fragt sich, welches der Standpunkt des eidgenössischen Gesetzes sei, so ist zu bemerken: Das Bundesgesetz betreffend die Bundesstrafrechtspflege enthält in seinem allgemeinen Theile keine Bestimmung über die Verbindung von Civil- und Strafklage; dagegen ergibt sich aus einer Reihe von Bestimmungen der Bundesstrafrechtspflege, welche von dem Geschädigten und seinen Civilansprüchen handeln, daß der Anschluß des Geschädigten an das Strafverfahren nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern unter gewissen Voraussetzungen statthaft ist. Allein die Stellung, welche das Bundesgesetz dem Geschädigten im Verfahren einräumt, zeigt deutlich, daß es den Civilanspruch durchaus nur als ein Akzessorium der Strafsache behandelt wissen will. Allerdings nämlich wird dem Geschädigten als einer betheiligten Person das Recht der Akteneinsicht nach Art. 149 Abs. 2 des Gesetzes nicht bestritten werden können und ist ihm nach Abs. 3 ibidem der Tag der Eröffnung der Hauptverhandlung anzuzeigen. Allein weder in der Voruntersuchung noch in der Hauptverhand-

lung bis zum Wahrspruche der Geschwornen stehen ihm irgendwelche weitere Befugniße zu. Er hat während der Parteiverhandlungen über die Schuldfrage und bei Aufstellung der Fragen an die Geschwornen nicht mitzusprechen; er kann weder Beweise beibringen, noch Fragen an die Zeugen u. s. w. richten, noch über die Schuldfrage plädiren oder seine Civilansprüche und Anträge stellen oder begründen. Dies folgt mit Nothwendigkeit aus dem Wortlaute des Gesetzes, welches bei Aufzählung der sich folgenden Prozeßhandlungen des Geschädigten nirgends erwähnt und wird übrigens heute von den Kassationsklägern nicht mehr bestritten, sondern im Gegentheil ausdrücklich anerkannt. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich denn auch klar, daß es sich hier nicht etwa um ein bei Ausarbeitung des Gesetzes begangenes Versehen, sondern um eine vom Gesetzgeber bewußt beabsichtigte Anordnung handelt. Der bundesräthliche Entwurf hatte in Art. 79 den „beschädigten Personen" gestattet, nach Abhörung der Zeugen und Sachverständigen sich nach ihrer Wahl als Civilpartei im Strafprozesse zu stellen oder sich ein Verfahren vor den Civilgerichten vorzubehalten. Die Civilpartei hatte einen schriftlichen, kurz motivirten Antrag zu verlesen und zu den Akten einzureichen. Der so konstituirten Civilpartei stand das Recht zu, den Entwurf einer Fragestellung an die Geschwornen einzureichen, Bemerkungen über die Fragestellung des Präsidenten zu machen und darüber den Entscheid der Kriminalkammer anzurufen; sie hatte das Wort über die Schuld- und Straffrage (Art. 79, 81, 82, 90, 105 des Entwurfes). Alle diese Bestimmungen sind von den eidgenössischen Räthen gestrichen worden; das Gesetz enthält sie nicht mehr; dasselbe spricht nicht mehr von einem Auftreten des Geschädigten als „Civilpartei" während der Parteiverhandlung über die Schuldfrage und vermeidet überhaupt den Ausdruck „Civilpartei". Erst in den vom Urtheile handelnden Gesetzesbestimmungen ist von dem Geschädigten wieder die Rede. Nachdem Art. 114 statuirt hat, daß, wenn der Angeklagte durch den Wahrspruch für nicht schuldig erklärt worden sei, der Assisenpräsident denselben freispreche, bestimmt Art. 115, daß, wenn der Beklagte schuldig erklärt worden sei, die Bundesanwaltschaft die Anwendung des Gesetzes verlange und, nöthigenfalls mit Beziehung auf den Schadenersatz, ihren Antrag

stelle. „In letzterer Beziehung", wird beigefügt, „steht auch dem Geschädigten selbst das Wort zu." Danach sieht das Gesetz eine Verhandlung über die Schadenersatzansprüche des Geschädigten überhaupt nur dann vor, wenn der Bundesanwalt über die Anwendung des Gesetzes, gestützt auf den Schuldspruch der Geschwornen, das Wort erhält, mit andern Worten dann, wenn der Angeklagte durch den Wahrspruch der Geschwornen für schuldig erklärt worden ist; nur in diesem Falle wird der Geschädigte zur Vertretung seiner Civilansprüche zugelassen. In Art. 114, welcher von dem Falle handelt, wo der Angeklagte für nicht schuldig erklärt wurde, ist weder, wie selbstverständlich, von einem Vortrage des Bundesanwaltes über die Anwendung des Gesetzes, respektive die Straffrage, noch von einer Verhandlung über den Civilanspruch die Rede. Es ist dies um so bezeichnender, als die Regel des Art. 114, daß bei einem die Schuldfrage verneinenden Verdikte der Jury der Assisenpräsident, ohne Berathung der Beisitzer (durch ordonnance d'acquittement) den Angeklagten freispricht, offenbar dem französischen Rechte (Art. 358 des Code d'instruction criminelle) entlehnt ist. Art. 358 des Code d'instruction criminelle aber fügt, nachdem er in seinem ersten Absatze die Regel des Art. 114 der Bundesstrafrechtspflege aufgestellt hat, im zweiten Absatze (abweichend von den gegentheiligen, im polizeilichen und korrektionellen Verfahren geltenden Grundsätzen) bei, daß hernach der Gerichtshof nach Anhörung der Parteien und des Generalanwaltes über die gegenseitig erhobenen Schadenersatzansprüche entscheide. Diesen Zusatz hat der schweizerische Gesetzgeber nicht aufgenommen, offenbar deßhalb nicht, weil er das darin Angeordnete nicht gewollt, sondern eine Verhandlung über die Civilansprüche des Geschädigten vor dem Strafrichter nur im Falle der Schuldigerklärung des Angeklagten hat zulassen wollen. Nur wenn im Strafverfahren, durch den Wahrspruch der Geschwornen die Schuld des Angeklagten festgestellt worden ist, hat, nach der Auffassung des Bundesgesetzes, der Strafrichter sich mit den aus der That entsprungenen Civilfolgen zu beschäftigen. Wird der Angeklagte für unschuldig erklärt, so fällt die Kompetenz des Strafrichters, über die Civilfolgen zu entscheiden, dahin; die Civilansprüche können im Strafverfahren nur dann beurtheilt werden,

wenn in den Formen des Strafverfahrens, durch den Wahrspruch der Geschwornen, eine schuldhafte That des Angeklagten festgestellt ist. Mangelt es an dieser Grundlage, so erhält der Geschädigte das Wort zur Entwickelung seiner Civilansprüche überhaupt nicht; letztere werden eben blos als Akzessorium der Strafsache behandelt und sind nur dann vom Strafrichter zu beurtheilen, wenn der Wahrspruch die Grundlage hiefür darbietet. Dies erscheint nach dem Wortlaut und Zusammenhange des Gesetzes jedenfalls als unzweifelhaft. Als zweifelhaft mag dagegen erscheinen, ob die Kompetenz der Kriminalkammer, über die Civilansprüche zu entscheiden, auch dann dahinfällt, wenn zwar der Wahrspruch der Geschwornen auf Schuldig lautet, aber die Kriminalkammer gemäß Art. 117 Abs. 1 der Bundesstrafrechtspflege freispricht, weil die That durch kein Gesetz mit Strafe bedroht sei (weil z. B. ein Strafausschließungsgrund festgestellt ist oder ein außerhalb des Thatbestandes liegendes Erforderniß der Strafbarkeit fehlt). Indeß diese Frage bedarf im vorliegenden Falle der Entscheidung nicht, da hier eben durch den Wahrspruch der Geschwornen die Schuldfrage verneint wurde. Daß in diesem Falle die Kompetenz der Kriminalkammer zur Entscheidung über die Civilansprüche dahinfällt, ist um so mehr festzuhalten, als die im Adhäsionsprozesse den Strafgerichten eingeräumte Befugniß zu Entscheidung über Civilansprüche überhaupt als eine ausnahmsweise erscheint und daher nur in demjenigen Umfange anerkannt werden kann, in welchem sie das Gesetz ausdrücklich statuirt (siehe Faustin-Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, V S. 592). Wenn dem gegenüber auf Art. 126 litt. b der Bundesstrafrechtspflege hingewiesen wird, so ist dieser Hinweis nicht schlüssig. Freilich bestimmt Art. 126 litt. b, die Urtheilsurkunde eines freisprechenden Urtheils habe zu enthalten „die Verfügung bezüglich der Prozeßkosten, des Schadenersatzes und anderer Civilentschädigungen, wenn solche stattfinden". Allein daraus folgt durchaus nicht, daß der Strafrichter auch bei Freisprechung respektive bei Verneinung der Schuldfrage durch die Geschwornen über die Civilansprüche des Geschädigten zu entscheiden habe. Art. 126 litt. b hat nicht diesen Thatbestand im Auge, sondern erklärt sich in ganz anderer Weise. Er bezieht sich, wie die Bundesanwaltschaft richtig bemerkt, in erster Linie jedenfalls

auf die Schadenersatzansprüche für Auslagen und andere Nachtheile, welche der freigesprochene Angeklagte gemäß Art. 122 stellen kann und über welche die Kriminalkammer nach diesem Artikel zu entscheiden hat. Hiegegen wird allerdings eingewendet, Art. 126 litt. b gebrauche den gleichen Ausdruck „Schadenersatz und andere Civilentschädigungen" wie der von dem verurtheilenden Erkenntniß handelnde Art. 125 in litt. p; letztere Gesetzesstelle habe aber unzweifelhaft die Entschädigungsansprüche der Geschädigten, nicht des freigesprochenen Angeklagten, im Auge und der Gesetzgeber könne unmöglich unter den ganz gleichen Worten in Art. 126 litt. b etwas anderes verstehen als in Art. 125 litt. p. Allein diese Einwendung ist unstichhaltig. Die Art. 125 und 126 bestimmen lediglich darüber, was die vom Gerichtsschreiber zu verfassende Urtheilsurkunde im Falle der Verurtheilung einerseits, im Falle der Freisprechung andrerseits zu enthalten hat; mit der Feststellung der Kompetenzen und Attribute der Kriminalkammer, speziell rücksichtlich der Entschädigungsansprachen, beschäftigen sie sich nicht; diese sind in den vorhergehenden Bestimmungen des Gesetzes geordnet. Die litt. b und p der Art. 125 und 126 besagen daher einfach, daß die Urtheilsurkunde diejenigen Verfügungen „über Schadenersatz und andere Civilentschädigungen" zu enthalten habe, welche die Kriminalkammer im Falle der Verurtheilung einerseits im Falle der Freisprechung andrerseits, nach Maßgabe der Art. 114 u. ff. zu treffen hat. Diese Verfügungen aber betreffen eben gemäß Art. 117 im Falle der Verurtheilung die Civilansprachen des Geschädigten, im Falle der Freisprechung gemäß Art. 122 in erster Linie die Entschädigungsforderungen des freigesprochenen Angeklagten. Es ist denn auch schon deßhalb ohne Weiteres klar, daß Art. 126 litt. b nothwendigerweise auf die Entscheidung über die Entschädigungsansprache des freigesprochenen Angeklagten jedenfalls mit sich beziehen muß, weil andernfalls es an einer Gesetzesbestimmung, daß diese Entscheidung in die Urtheilsurkunde aufzunehmen sei, gänzlich mangeln würde, während doch kein Zweifel darüber obwalten kann, daß sie in dieselbe gehört. Es mag übrigens noch darauf hingewiesen werden, daß auch in Art. 191 und 192 des vom eidgenössischen Gesetzgeber vielfach als Vorbild benutzten französischen Code d'instruction criminelle gleichmäßig von

dommages-intérêts, ohne nähere Bezeichnung, die Rede ist, während unbestrittenermaßen im erstern Artikel lediglich die Schadenersatzansprüche des freigesprochenen Angeklagten, im letztern dagegen die Schadensforderungen der Civilpartei gemeint sind. Hat somit Art. 126 litt. b in erster Linie jedenfalls die Entschädigungsansprüche des freigesprochenen Angeklagten im Auge, so ist derselbe im Fernern, wenn im Falle der Freisprechung durch die Kriminalkammer bei bejahendem Wahrspruch der Geschwornen, die Verbindung von Civil- und Strafsache fortdauern sollte, auch auf diesen Fall zu beziehen, wo er alsdann die Entscheidung über die Civilansprüche der Geschädigten beträfe. Niemals aber kann er den Fall der Freisprechung durch ordonnance d'acquittement des Präsidenten der Kriminalkammer, bei Verneinung der Schuldfrage durch die Geschwornen, im Auge haben, in welchem Falle ja überhaupt dem Geschädigten gar nicht das Wort zu ertheilen ist. Danach ist denn klar, daß im vorliegenden Falle, nach dem die Schuldfrage verneinenden Wahrspruches der Geschwornen, die Kriminalkammer weder die Pflicht, noch überhaupt das Recht hatte, auf die Behandlung der Civilansprachen der Geschädigten einzutreten. Mit der Freisprechung fiel ihre Gerichtsbarkeit in Betreff der Civilansprüche dahin; diese konnten nicht mehr im Strafververfahren, sondern sie mußten im Civilprozesse vor dem ordentlichen Civilrichter verfolgt werden.

Demnach hat das Kassationsgericht

erkannt:

Das Kassationsbegehren wird als unbegründet abgewiesen.

III. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

63. Urtheil vom 25. September 1891 in Sachen Hodel.

A. Gegen Alexander Hodel, Schweinemetzger in Thun, war von den Mitgliedern des Gemeinderathes von Fahrni, Amtsbezirks Thun, Strafanzeige wegen Ehrverletzung eingereicht worden, weil er eine von einem Dritten verfaßte injuriöse Druckschrift vorgelesen und verbreitet habe. Er wurde erstinstanzlich durch den korrektionellen Richter von Thun verurtheilt. Bei der zweitinstanzlichen Verhandlung vor der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern stellte er, mit der Behauptung, daß es sich um ein Preßvergehen handle, welches nach § 63 der bernischen Kantonsverfassung vor das Schwurgericht gehöre, vorfraglich das Begehren, es sei das Urtheil, weil von einem inkompetenten Richter ausgefällt, zu kassiren. Die Polizeikammer wies dieses Begehren durch Entscheidung vom 22. Juli 1891 ab. Bei der sofort erfolgten Eröffnung dieser Entscheidung erklärte der Vertheidiger des Angeschuldigten, er werde gegen dieselbe den Rekurs an den Bundesrath und an das Bundesgericht ergreifen. Daraufhin beschloß die Polizeikammer, die Beurtheilung der Hauptsache zu verschieben.

B. Mit Eingabe vom 21. September 1891 (zur Post gegeben am gleichen Tage) stellt nunmehr A. Hodel beim Bundesgerichte den Antrag: Es sei zu erkennen, es sei in der vorwürfigen Sache nicht das korrektionelle Gericht von Thun, sondern das Geschwornengericht zuständig; es sei somit das von ersterm ausgefällte Urtheil sammt bezüglichem Verfahren sowie das von der Polizeikammer ausgefällte Zwischenurtheil zu kassiren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Beschwerde ist wegen Verabsäumung der sechzigtägigen Rekursfrist des Art. 59 O.-G., welche von Amteswegen zu wahren

ist, ohne weiters als verspätet zurückzuweisen. Denn der letzte Tag der sechzigtägigen Frist war, da die angefochtene Entscheidung am 22. Juli eröffnet wurde, der 20. September; die Beschwerde ist aber erst am 21. zur Post gegeben worden. Allerdings war der 20. September ein Sonntag. Allein wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat (siehe Amtliche Sammlung XVI, S. 435), gilt die civilprozeßuale Regel (§ 73 der eidgenössischen Civilprozeßordnung), daß wenn die Frist zu Vornahme einer Prozeßhandlung an einem Sonn- oder Feiertage ausläuft, die betreffende Handlung an dem nächstfolgenden Tage noch gültig vorgenommen werden kann, für staatsrechtliche Sachen nicht, sondern wird hier vielmehr der Sonntag als letzter Tag der Frist mitberechnet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Beschwerde wird als verspätet nicht eingetreten.

IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

64. *Arrêt du 3 Juillet 1891, dans la cause Banque cantonale tessinoise.*

Sous date du 28 Mai 1890, le Grand Conseil du canton du Tessin a rendu le décret dont suit la teneur :

Art. 1er. Aucune société ou entreprise ne pourra, dans le canton, porter le titre de « Cantonale » sans y être autorisée par décret législatif.

Art. 2. Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution du présent décret, qui entrera immédiatement en vigueur, sous réserve des dispositions sur le referendum.

Ce décret coïncide avec l'époque à laquelle la Banque cantonale du Tessin, faisant usage du droit que lui confère l'art. 107 de ses statuts, avait décidé de renouveler la dite société pour une période de 30 ans.

La Banque cantonale du Tessin recourt au Tribunal fédéral contre l'art. 1er du prédit décret, et conclut à sa nullité, éventuellement à celle du décret dans son ensemble.

A l'appui de ces conclusions, la recourante fait valoir ce qui suit :

Par décret du 8 juin 1858 le Grand Conseil a donné son autorisation à la fondation d'une société anonyme sous le nom de « Banque cantonale tessinoise. » Il fixa le capital social à la somme d'un million de francs (divisé en 5000 actions de 200 francs), soumit l'établissement à la surveillance du Conseil d'Etat, et adopta les dispositions statutaires. Le 8 Janvier 1859 le Grand Conseil approuva définitivement les statuts de l'établissement, et les transforma en décret législatif, après que, le 4 dit, la Banque cantonale tessinoise se fut constituée sous cette dénomination (voir statuts art. 1er). Aux termes de l'art. 113 *ibidem*, le dit art. 1er ne peut être modifié sans la décision de l'assemblée des actionnaires, et le concours du Grand Conseil. Les statuts sont la loi réglant les rapports entre l'Etat et l'assemblée des actionnaires, le contrat qui détermine leurs droits et obligations réciproques.

Le décret attaqué viole l'art. 64 de la Constitution fédérale et l'art. 2 des dispositions transitoires de cette Constitution. Le recours de la Banque cantonale n'est point prématuré, car il peut lui être fait à chaque moment application du prédit décret. Or aux termes des deux articles précités, une pareille interdiction ne peut émaner que de la législation fédérale et le droit fédéral des obligations a en effet légiféré exclusivement en matières de raisons sociales (voir *ibidem* titre XXXIII et art. 902). Si l'Etat du Tessin se croit en droit de s'opposer à ce qu'une société fasse figurer le mot « cantonal » dans sa raison, il doit s'adresser d'abord aux Tribunaux, l'interdiction en question par la voie d'une loi cantonale implique un empiétement sur la compétence fédérale. Le Code des obligations ne justifie point cet interdiction (art. 873). La recourante ajoute que le droit de porter le nom de « Banque *fédérale* » n'a jamais été contesté à l'établissement financier connu sous ce nom ; que l'Etat du Tessin n'a aucun intérêt à inter-

dire à la Banque cantonale de porter ce nom, attendu que le public sait parfaitement à quoi s'en tenir sur la signification de ce terme, qui n'implique pas une participation de l'Etat ou sa coopération à l'administration, mais dont le sens est seulement que l'établissement se trouve dans le canton et est appelé à y déployer son activité.

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat conteste en première ligne la compétence du Tribunal fédéral. Il estime qu'aux termes de l'art. 59 chiffre 8 de la Loi sur l'organisation judiciaire, c'est au Conseil fédéral, soit à l'Assemblée fédérale qu'il appartient de connaître des recours interjetés en vertu de l'art. 39 de la Constitution fédérale (émission des billets de banque). Aux termes de l'art. 7 de la loi fédérale du 8 mars 1881 sur cette matière, les établissements financiers, pour être admis à émettre des billets de banque doivent, entre autres, avoir une raison commerciale expressément approuvée par le Conseil fédéral. La question de savoir si la Banque cantonale du Tessin a le droit de porter ce titre appelle l'interprétation de la loi du 8 Mars 1881 précitée, laquelle rentre dans la sphère des attributions du Conseil fédéral.

Au fond, et subsidiairement, le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours, par les considérations dont suit le résumé : En statuant par son Arrêt du 7 février 1885 sur le conflit entre l'Etat et la Banque tessinoise au sujet de l'impôt sur les billets de banque, le Tribunal fédéral a déjà tranché, en fait, la contestation actuelle ; il a admis en effet que la Banque était tenue de payer le dit impôt dès le 29 Janvier 1882, soit dès la date de la loi tessinoise qui l'a créé en application de la loi fédérale du 8 Mars 1881, sous réserve du droit de se faire rembourser toutes les sommes payées par elle du chef de cet impôt, et cela jusqu'au 31 Décembre 1890. Or si le Tribunal fédéral a reconnu que le privilège de l'exemption d'impôts a déjà cessé pour la Banque à dater du 24 janvier 1882, sous réserve de l'obligation pour l'Etat d'indemniser la dite Banque jusqu'à fin 1890, le même principe doit s'appliquer aussi au privilège

consistant dans le port du nom de *cantonale*, qui doit lui aussi prendre fin le 31 Décembre 1890, soit le dernier jour de l'existence de la Société anonyme fondée par l'arrêté législatif de 1858. L'Etat n'a pris aucune part à la résolution de l'assemblée des actionnaires de la Banque du 29 Septembre 1889 concernant le renouvellement de la Société pour une nouvelle période de 30 ans ; si la nouvelle société veut continuer les opérations de celle qui va cesser le 31 Décembre 1890, elle ne pourra le faire que sous une autre raison sociale et conformément aux règles du droit fédéral et cantonal. L'Etat a concédé à la Banque l'usage pendant 30 ans de l'appelation de « cantonale », mais il n'a pas assumé par là l'obligation de continuer cette concession, après l'expiration du contrat.

L'art. 39 de la Constitution fédérale s'applique plus directement au cas que l'art. 64 ; c'est en application de l'art. 39 qu'a été promulguée la loi du 8 Mars 1881 susvisée, et aux termes de l'art. 7 de cette loi la Banque n'est pas en règle vis-à-vis de l'autorité fédérale, en ce qui concerne le nom qu'elle porta jusqu'au 31 Décembre 1890 ; par office du 17 Mars 1882, le Conseil fédéral a fait des réserves concernant le maintien du nom de « cantonale ».

C'est également à tort que la Banque invoque les dispositions du Code des Obligations. D'après l'office adressé à cet établissement par le Département fédéral de justice le 16 Juillet 1889, la Banque venant à être privée de la participation de l'Etat à son administration, tomberait sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire sous le coup des dispositions du Code des Obligations. Il s'ensuit que la personne juridique de la Banque à partir du 31 Décembre 1890 est autre que celle existant jusqu'à cette date, et qu'il incomberait à la nouvelle société de se mettre en règle avec la législation fédérale et cantonale. Enfin le Conseil d'Etat insiste sur ce que l'usage de la dénomination « cantonale » lui appartient, et il affirme avoir le droit d'en régler l'exercice à son gré, ainsi qu'il l'a fait par son arrêté du 29 Mai 1890.

Dans sa réplique, la recourante explique que l'art. 64 de

la Constitution fédérale est en question, et non point la compétence du Tribunal fédéral au regard de l'art. 39 *ibidem*. La Banque ne conclut pas à ce que le Tribunal fédéral approuve sa raison sociale, mais elle conteste à l'Etat du Tessin le droit de légiférer en cette matière. La Constitution et la loi interdisent également à l'Etat du Tessin de prendre la décision consignée dans le décret dont est recours, laquelle frustre la Banque d'un droit qui lui compète aux termes de l'art. 873 C. O. La recourante reprend d'ailleurs, au fond, avec de nouveaux développements, les conclusions de son recours.

Statuant sur ces faits et considérant :

En droit :

1° L'exception soulevée par le Conseil d'Etat du Tessin, consistant à contester la compétence du Tribunal fédéral en l'espèce, et à la revendiquer en faveur du Conseil fédéral, soit à l'Assemblée fédérale est dénuée de fondement.

Conformément à l'art. 59 chiffre 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, ces dernières autorités ont à statuer sur les recours concernant l'application des lois fédérales prévues à l'art. 39 de la Constitution fédérale, conférant à la Confédération le droit de légiférer en matière d'émission et de remboursement des billets de banque, droit dont elle a usé en promulguant la loi du 8 Mars 1881.

Le recours actuel ne soulève toutefois aucune question ayant trait à cette loi, mais uniquement celle de savoir si le canton du Tessin est, en droit fédéral, autorisé à édicter des dispositions législatives en matière de raisons commerciales, et, en particulier, à interdire par voie d'une loi ou d'un décret législatif, à toute entreprise ou société ayant son siège dans le canton, de porter le titre de « cantonale. »

Il est hors de doute que le décret attaqué vise en première ligne la Banque recourante, non point comme établissement émettant des billets de banque puisqu'elle pourrait renoncer à ce privilège, mais en tant qu'elle prétend avoir droit à la désignation « cantonale » dans sa raison sociale. L'interdiction contenue dans le décret incriminé ne s'adresse point, d'ailleurs, exclusivement aux banques d'émission, mais

est faite à toutes les entreprises ayant leur siège dans le canton, ce décret règlemente ainsi une question relative au droit des raisons commerciales, et nullement à l'émission ou à la circulation des billets de banque. Or aucune des dispositions de la loi fédérale du 3 Mars 1881 n'a trait à la question en litige; l'art. 7 *litt. a* de cette loi stipule à la vérité que les seuls établissements financiers dont la raison commerciale a été expressément autorisée par le Conseil fédéral peuvent être autorisés à émettre des billets de banque, mais cette disposition ne touche aucunement le litige actuel, lequel porte sur la question de savoir si un canton est en droit d'édicter des prescriptions concernant la faculté d'user d'une raison commerciale, et la loi de 1881 susvisée ne contient aucune autre disposition ayant trait aux dites raisons. Le droit du Conseil fédéral, d'autoriser une raison de commerce choisie par une banque d'émission, droit dont cette autorité a déjà fait usage en 1883 vis-à-vis de la recourante, ne se confond point avec le droit et la compétence de statuer sur un recours de droit public, dirigé contre une loi portant, d'une manière générale, défense d'user de l'appellation « cantonale. »

Le recours ne portant ainsi ni sur l'art. 39 de la Constitution fédérale, ni sur l'application de l'art. 7, *litt. a* de la loi fédérale du 8 Mars 1881, mais visant expressément la violation des art. 64 de la Constitution fédérale et 2 des dispositions transitoires de cette Constitution, le Tribunal de céans est, à teneur de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire, compétent pour en connaître.

2° Le recours apparaît comme fondé, s'il doit être admis que, dans l'état actuel de la législation fédérale, il ne rentre plus dans les attributions d'un canton de légiférer en matière d'usage de raisons commerciales. Or, tel est bien le cas dans l'espèce. L'art. 64 de la Constitution fédérale confère, en effet, à la Confédération la législation sur le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change, et l'art. 2 des dispositions transitoires édicte que toutes les dispositions des lois fédérales, des concordats et des constitutions ou des lois cantonales contraires à la Constitution fédé-

rale cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci, ou de la promulgation des lois qu'elle prévoit.

C'est en vertu du prédit art. 64 que le Code fédéral, en vigueur depuis le 1er janvier 1883, a été publié, et ce code a réglé, au titre XXXIII, chiffre II, tout ce qui a trait aux raisons de commerce ; en particulier les art. 867 à 874 disposent en ce qui concerne la désignation et l'autorisation de se servir d'une raison sociale ; l'art. 873 est spécialement relatif au choix de la raison sociale des sociétés anonymes et des associations.

Si l'art. 899 C. O. statue que les dispositions de ce code sur les sociétés en commandite ou anonymes ne sont pas applicables aux banques fondées antérieurement au 1er Janvier 1883 par des lois cantonales spéciales et qui sont administrées avec le concours d'autorités constituées, le dit article ne vise que les dispositions du Code contenues dans les titres XXV et XXVI et non celles touchant spécialement la matière des raisons de commerce, lesquelles sont applicables à toutes les sociétés anonymes sans exception, aux termes de l'art. 902 *ibidem*, édictant que les raisons de commerce existant au 1er Janvier 1883 et qui ne sont pas conformes aux dispositions de ce code peuvent être maintenues sans modification jusqu'au 31 Décembre 1892 et que, toutefois, si une raison subit un changement quelconque avant cette dernière époque, elle doit être mise immédiatement en harmonie avec le Code.

Comme cet article dispose également sur les raisons de commerce existant avant le 1er Janvier 1883, sans faire aucune exception en ce qui concerne les sociétés par actions, et spécialement les établissements de banques mentionnés à l'art. 899 du dit Code, cette circonstance est une confirmation expresse de ce que ce code traite d'une manière complète et exclusive de la matière des raisons de commerce, et démontre que la législation cantonale ne peut plus déployer d'action à cet égard.

En aucun cas d'ailleurs, la Banque du Tessin ne pourrait être considérée comme rentrant dans l'exception statuée à

l'art. 899 C. O. susrappelé, puisque cet établissement, dans sa nouvelle organisation, n'est plus administré avec le concours d'autorités constituées ; par le même motif l'art. 613 *ibidem* ne saurait être invoqué en l'espèce.

3° Le décret attaqué, lequel dispose dans une matière exclusivement réservée au droit fédéral, ne saurait dès lors subsister. Il va sans dire que cette solution du recours de droit public de la Banque cantonale tessinoise, ne préjudicie en rien le droit de l'Etat de conclure par la voie civile, s'il le juge convenable, soit à ce que l'usage de la désignation « cantonale » lui soit interdit conformément à l'art. 876 C. O., soit à la réparation du dommage que cet usage peut avoir causé au dit Etat.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et le décret législatif rendu par le Grand Conseil du canton du Tessin, le 28 Mai 1890, est déclaré nul et de nul effet en ce qui concerne la Banque cantonale tessinoise.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

In Concurssachen. — Droit de concours dans les faillites.

65. Urtheil vom 10. Juli 1891 in Sachen Preisig.

A. Johann Biedermann von Fischingen gerieth anno 1885 in Waldstatt, Kantons Appenzell Außerrhoden, in Konkurs, mit einem Defizit von 11,607 Fr. 65 Cts. Inzwischen war Biedermann nach Wittenbach, Kantons St. Gallen, übergesiedelt, und fiel dort am 31. Oktober 1890 abermals in Konkurs.

B. Da die st. gallische Fallimentsbehörde vernahm, daß J. Biedermann am 16. Oktober 1890 in Folge Todes einer Frau Magdalena Klee in Waldstatt ein Erbe von 9866 Fr. zugefallen, verlangte sie am 20. November 1890 von der Gemeindebehörde Waldstatt Auslieferung dieses Erbantheils. Diese Herausgabe wurde am 22. November abgeschlagen, weil die Erbschaft vorerst zur Befriedigung der alten appenzeller Gläubiger verwendet werde. Am 6. Februar 1891 forderte denn auch die Gemeindekanzlei Waldstatt die alten und neuen Gläubiger des Joh. Biedermann, welche auf das Erbe Anspruch machen, durch öffentliche Bekanntmachung im amtlichen Blatte auf, ihre Rechnungen innert zwei Monaten einzureichen. Auf Gesuch der Auffallskommission Tablat vom 16. Februar 1891 verlangte der Regierungsrath von St. Gallen von demjenigen von Appenzell Außerrhoden Auslieferung des Erbtheils an die Auffallsbehörde Tablat, gestützt auf Art. 1 des Konkordates vom 7. Juni 1810. Durch Bescheid

vom 11. März 1891 lehnte jedoch der Regierungsrath von Appenzell Außerrhoden ab, diesem Verlangen zu entsprechen, indem das dem Biedermann von der Frau Klee zugefallene Erbe nach Gesetz und Praxis auf die frühere appenzellische Konkursmasse zu Eigenthum übergegangen sei. Wolle dieses Eigenthum bestritten werden, so müsse gemäß dem citirten Konkordate vorerst vom Richter der belegenen Sache, also dem appenzell-außerrhodischen Richter entschieden werden und sei der appenzellische Regierungsrath nicht kompetent, dem gestellten Gesuche zu entsprechen.

C. Gegen diesen Entscheid hat J. U. Preisig in Schwellbrunn als Gläubiger des Biedermann Beschwerde beim Bundesgerichte erhoben und das Begehren gestellt, das Bundesgericht wolle erkennen, der Erbantheil des Johann Biedermann an der Verlassenschaft der Magdalena Klee in Waldstatt falle in die Konkursmasse des Biedermann in Tablat, Kantons St. Gallen, und es haben die hiefür zuständigen Behörden des Kantons Appenzell Außerrhoden dafür zu sorgen, daß der bezeichnete Erbtheil an die genannte Konkursmasse abgegeben werde. Zur Begründung macht Rekurrent geltend: Die dem Johann Biedermann angefallene Erbschaft sei am 31. Oktober vorigen Jahres, dem Tage des Konkursausbruches in Tablat, noch Vermögen des Konkursiten Biedermann gewesen und falle daher gemäß Art. 1 des Konkordates vom 7. Juni 1810 in die st. gallische Konkursmasse, welche in diesem Falle als Hauptmasse erscheine. Appenzell sei demnach nicht berechtigt, über diesen lediglich aus beweglichem Vermögen bestehenden Erbtheil einen Separatkonkurs zu Gunsten der frühern Gläubiger zu eröffnen und den Erbtheil mit Arrest zu belegen, indem Biedermann sein Domizil lediglich in Wittenbach, Kantons St. Gallen, habe. Ein Eigenthumsrecht der frühern appenzellischen Gläubiger an dem Erbtheil gebe es so wenig als eine Konkursmasse von 1885, denn dieser Konkurs sei längst erledigt. Zudem gehe selbst nach § 14 des appenzellischen Konkursgesetzes der Erbtheil nicht blos die alten, sondern auch die neuen Gläubiger an und diese Gesetzesbestimmung gewähre den alten Gläubigern kein Eigenthums- sondern nur ein Nachforderungsrecht. Gegenüber dem Konkordat aber könne dieses Gesetz über-

haupt nicht angerufen werden. Art. 2 des Konkordats vom 7. Juni 1810 treffe nicht zu, indem überall keine Drittleute auf die in der Erbschaft liegenden Effekten dingliche Ansprüche erheben.

D. Die Regierung von Appenzell Außerrhoden hat den Antrag gestellt, das Bundesgericht wolle erkennen: „Es könne dem klägerischen Begehren mangels Kompetenz nicht entsprechen; der Kläger habe seine Rechte vor dem Richter des Kantons Appenzell Außerrhoden geltend zu machen, der staatsrechtliche Rekurs des J. U. Preisig sei demnach abzuweisen." In der Begründung dieses Begehrens bemerkt der Regierungsrath: Er habe durch seinen Entscheid vom 11. März laufenden Jahres lediglich eine Gerichtsstandsfrage entschieden. Das Bundesgericht könne daher auch nur diese Frage prüfen, dagegen noch nicht darüber urtheilen, ob das erwähnte Erbe an Tablat auszuliefern sei. Zwischen J. U. Preisig und den Kreditoren von 1885 herrsche Streit darüber, ob jener Erbtheil, mit dem Tode der Magdalena Klee, Eigenthum der 1885ger Kreditoren geworden sei oder nicht, was zum Mindesten fraglich sei. Hierüber habe aber gemäß Art. 2 des Konkordates vom 7. Juni 1810 lediglich der appenzellische Richter zu entscheiden, nicht das Bundesgericht. Art. 14 des appenzellischen Konkursgesetzes sei von jeher dahin ausgelegt worden, daß, wenn ein Fallit durch Erbschaft oder Glücksfall zu Vermögen gelange, die Gläubiger denselben zur Nachzahlung des unbezahlt gebliebenen Theiles ihrer Forderung anhalten können, und von jeher habe in solchen Fällen die Rekursbehörde von Amteswegen den Erbfall publizirt und das Erbe nach Ablauf der Eingabefrist an die eingeschriebenen und neu angemeldeten Gläubiger vertheilt. Dieses Verfahren sei durch Verfügung des Regierungsrathes vom 18. Mai 1885 noch präzisirt und bestätigt worden. Die Klee'sche Erbschaft habe daher am 31. Oktober vorigen Jahres keinen Bestandtheil des Biedermannschen Vermögens gebildet, sondern seit dem Todestage der Magdalena Klee den alten Gläubigern des Biedermann gehört, denen sich neue haben anschließen können. Biedermann habe auch vom 16. bis 31. Oktober vorigen Jahres kein Verfügungsrecht über den Erbtheil besessen.

E. Das Kreisschreiben des Regierungsrathes von Appenzell

Außerrhoden vom 18. Mai 1885 lautet folgendermaßen: „Wenn ein Fallit durch Erbschaft oder Glücksfall zu Vermögen gelangt, so sollen alle seine Kreditoren durch öffentliche Bekanntmachung und außerdem, nach Analogie der Bestimmung im letzten Alinea von Art. 5 desselben Gesetzes, die bekannten, im Auffallsprotokoll verzeichneten Gläubiger auch noch speziell zur Eingabe ihrer Forderungen eingeladen werden, in dem Sinne, daß dann bei der Ausrechnung nur diejenigen Kreditoren berücksichtigt werden, welche Eingaben gemacht haben."

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Bescheid des Regierungsrathes von Appenzell Außerrhoden vom 11. März dieses Jahres, gegen welchen der vorliegende Rekurs sich richtet, ist nicht gegen den Rekurrenten persönlich, sondern gegenüber der Regierung von St. Gallen als Vertreterin der Fallimentskommission Tablat erlassen, welche in ihrer Eigenschaft als Konkursbehörde, respektive Konkursverwaltung im Konkurse des Johann Biedermann in Wittenbach die Auslieferung des dem Biedermann zugefallenen Erbtheils, verlangt hat. Mit Recht hat aber der Regierungsrath von Appenzell Außerrhoden die Legitimation des Rekurrenten zur Beschwerde nicht bestritten. Denn interessirt bei dieser Frage sind selbstverständlich einzig die Konkursgläubiger des Biedermann und es hat auch nur in deren Interesse die Fallimentskommission Tablat respektive die Regierung von St. Gallen, die Aushändigung des Erbtheils verlangt. Bekanntlich ist es denn auch von jeher als zuläßig erachtet worden, daß die Konkursbehörde die Geltendmachung der Rechte aus dem Konkordate vom 7. Juni 1810, insbesondere die Beschwerde beim Bundesgerichte den einzelnen Gläubigern überlasse. Ein solcher Fall liegt nun offenbar vor und es ist demnach auf die Beschwerde einzutreten.

2. Der einzige Grund nun, aus welchem die Regierung von Appenzell Außerrhoden die Auslieferung des fraglichen Erbtheils an die Konkursmasse in Tablat verweigert hat, besteht darin, daß die im Jahre 1885 in dem in Waldstatt über Biedermann ausgebrochenen Konkurse zu Verlust gekommenen Gläubiger den fraglichen Erbtheil zu Eigenthum ansprechen, über die Begründetheit dieser Ansprache aber gemäß Art. 2 des erwähnten Konkor-

dates der Appenzeller Richter, als derjenige der belegenen Sache, zu entscheiden habe und daher der Regierungsrath in der Sache erst kompetent sei, wenn der Richter jene Frage entschieden habe.

3. Nun ist allerdings richtig, daß, wenn eine Konkursmasse Eigenthumsansprüche auf Herausgabe gewisser in einem andern Konkordatskantone gelegenen Objekte erhebt, unter der Behauptung, dieselben gehören dem Kridaren, im Falle der Bestreitung dieser Ansprüche durch den Inhaber der vindizirten Sachen, nach dem Konkordate (Art. 2) der Richter der gelegenen Sache über die Begründetheit dieser Ansprüche zu entscheiden hat (vergl. z. B. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen VIII, S. 467). Allein gleichwohl kann in casu die Weigerung des Regierungsrathes von Appenzell Außerrhoden, den Erbtheil an die Konkursmasse Tablat auszuliefern, nicht als begründet erachtet werden.

4. Der Eigenthumsanspruch der frühern appenzellischen Gläubiger ließe sich nämlich gewiß nur damit begründen, daß nach Appenzeller Recht die Konkurseröffnung über einen Schuldner das Eigenthum am Vermögen desselben auf die Konkursgläubiger übertrage und in Fällen vorliegender Art die Wirkungen der Konkurseröffnung auf den Zeitpunkt des Vermögens- (Erbschafts-) Anfalles zurück datirt werden müssen. Danach hängt denn aber die Begründetheit der Eigenthumsansprache davon ab, ob der Kanton Appenzell Außerrhoden nach den bestehenden Konkordaten zur Eröffnung eines Konkurses über Johann Biedermann berechtigt sei, und diese Frage ist, wie auch der Regierungsrath von Appenzell Außerrhoden anzuerkennen scheint, nicht — jedenfalls nicht ausschließlich — von dem appenzellischen Gerichte, sondern im Beschwerdewege auch vom Bundesgerichte zu entscheiden.

5. Daß eine andere Begründung der Eigenthumsansprache der frühern Gläubiger unmöglich ist, ergibt ein Blick auf Art. 14 des appenzellischen Konkursgesetzes und auf das Kreisschreiben des Regierungsrathes von Appenzell Außerrhoden vom 18. Mai 1885. Was nämlich den citirten Art. 14 Abs. 2 betrifft, auf welchen die Regierung von Appenzell sich beruft so ergibt eine Vergleichung der beiden Lemmata desselben als unzweifelhaften

Sinn dieser Gesetzesbestimmung, daß die im Konkurse eines Schuldners zu Verlust gekommenen Gläubiger auf das nachher von demselben erworbene Vermögen nur insofern greifen können, als dasselbe dem Schuldner durch Erbschaft oder einen andern Glücksfall zukommt. Auf das auf andere Weise erworbene Vermögen dürfen die frühern Gläubiger nicht greifen, sondern nur die neuen Kreditoren. Allein auch das durch Erbschaft oder einen andern Glücksfall dem Schuldner zugefallene Vermögen dient nicht blos zu Befriedigung der im frühern Konkurse zu Verlust gekommenen Gläubiger, sondern auch der seitherigen Gläubiger. Davon, daß etwa solches Vermögen direkt den frühern oder allen Gäubigern zu Eigenthum zufalle, sagt Art. 14 nicht nur nichts sondern derselbe geht (verbis „wenn der Fallit durch Erbschaft oder Glücks„fall zu Vermögen gelangt, so steht allen seinen Gläubigern das „Recht zu, denselben zur Nachzahlung des unbezahlt gebliebenen „Theils ihrer Forderungen anzuhalten") offensichtlich, und wie es ja auch nicht anders sein kann, davon aus, daß der Kridar Erbe und die Erbschaft ihm zugefallen sei. Den frühern Gläubigern steht nicht einmal ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der Erbschaft zu. Hätte der Gesetzgeber den alten Gläubigern das Eigenthum an solchem Vermögen zusprechen wollen, so hätte er sich offenbar in der Weise, wie es geschehen ist, gar nicht ausdrücken können; denn so wie die Gesetzesbestimmung lautet, sagt sie offenbar gerade das Gegentheil. Und ganz gleich verhält es sich mit dem Kreisschreiben des Regierungsrathes vom 18. Mai 1885. Auch dieses Kreisschreiben geht seinem klaren Wortlaute nach davon aus, daß der Fallit durch Erbschaft oder Glückfall zu Vermögen gelangt sei, also Vermögen erworben habe, und geht nur insofern über den Wortlaut des mehrerwähnten Art. 14 hinaus, als es vorschreibt, daß alle Kreditoren von Amteswegen durch die Auffallskommission, respektive die Gemeindekanzlei, welche nach Art. 2 mit dem Gemeindehauptmann die Auffallskommission bildet, und nach Art. 5 ibidem den Schuldenruf besorgt, zur Eingabe ihrer Forderungen eingeladen werden sollen, in dem Sinne, daß dann bei der Ausrechnung nur diejenigen Kreditoren berücksichtigt werden, welche Eingaben gemacht haben. Offenbar will das Kreisschreiben nur die, nach Art. 14 des Gesetzes vielleicht zweifel-

hafte Frage entscheiden, ob, wenn ein Fallit durch Erbschaft oder Glücksfall zu Vermögen gelangt, über dieses Vermögen nur auf bestimmtes Begehren eines zu Verlust gekommenen Gläubigers desselben Konkurs zu eröffnen sei, oder die Fallimentsbehörde von Amteswegen zu handeln und den Konkurs zu eröffnen habe, und löst dann diese Frage in letzterm Sinne; ob mit Recht oder Unrecht hat das Bundesgericht nicht zu untersuchen. Es handelt sich also offenbar um einen neuen Konkurs mit konkursmäßiger Vertheilung des Vermögens unter diejenigen Gläubiger, welche Ansprachen anmelden, mit welcher Annahme auch der Schuldenruf der Gemeindekanzlei Waldstatt vom 6. Februar dieses Jahres, worin diejenigen alten und neuen Gläubiger des Johann Biedermann, welche auf das Erbe Anspruch machen, ihre Rechnungen innert zwei Monaten einzureichen haben, ganz in Uebereinstimmung steht und allein zu vereinbaren ist.

6. Darüber nun, ob nach appenzellischem Recht das Vermögen des Gemeinschuldners mit dem Konkursausbruche auf die Gläubigergesammtheit übergehe, enthält die appenzellische Gesetzgebung eine positive Gesetzesbestimmung nicht. Allein die Entscheidung dieser Frage ist in casu nicht nöthig; denn sie ist natürlich gegenstandslos, sobald nach dem Konkordate vom 7. Juni 1810 die appenzellischen Behörden zur Eröffnung eines Separatkonkurses über die mehrerwähnte Erbschaft nicht kompetent waren, und diese Frage ist nun nach Art. 1 des Konkordates ohne weiteres zu bejahen, denn dieses Konkordat, in Verbindung mit demjenigen vom 15. Juni 1804, statuirt — wie die bundesrechtliche Praxis konstant ausgesprochen hat — die Universalität und Attraktivkraft des Konkurses zwischen den konkordirenden Ständen mit Bezug auf das ganze bewegliche Vermögen des Kridars, ohne alle Rücksicht darauf, ob nach dem kantonalen Rechte der Kridar mit dem Konkursausbruch nur die Disposition über sein Vermögen verliert, oder letzteres — was übrigens kaum in einem Kantone Rechtens ist — auf die Konkursgläubiger eigenthümlich übergeht. Eine Ausnahme wäre nur insofern zu machen, als es sich um Vermögen handelte, welches einer frühern Konkursmasse durch Verheimlichung oder Verschleppung widerrechtlich entzogen worden wäre, indem wohl in solchem Falle der frühern Konkursbehörde das Recht nicht

abgesprochen werden könnte, in Fortsetzung des frühern Konkurses das aufgefundene Vermögen unter die frühern berechtigten Gläubiger zu vertheilen. Allein ein solcher Fall liegt in casu nicht vor.

7. Ebenso unerheblich wäre auch, wenn etwa der in Appenzell respektive Waldstatt über den Erbtheil eröffnete Konkurs auf den Todestag der Magdalena Klee, 16. Oktober vorigen Jahres, zurückdatirt werden müßte. Denn nach den Konkordaten vom 7. Juni 1810 und 15. Juni 1804, wie dieselben konstant durch die bundesrechtliche Praxis aufgefaßt und angewendet worden sind, kann über einen im Konkordatgebiet wohnenden Schuldner der Konkurs nur an seinem Wohnsitze eröffnet werden, und muß alles in solchen Konkordatskantonen, wo der Schuldner ein Domizil nicht hat, liegende bewegliche Vermögen desselben zur Konkursmasse an seinem Wohnsitze abgeliefert werden. Die Konkordate machen in dieser Beziehung durchaus keinen Unterschied, ob es sich um einen (neuen) Konkurs über einen bereits Falliten handelt oder nicht. Unbestritten hat nun aber Joh. Biedermann schon längst vor Oktober 1890 seinen Wohnsitz nicht mehr im Kanton Appenzell Außerrhoden, sondern lediglich in Wittenbach, Kantons St. Gallen, gehabt.

8. Die Beschwerde muß daher gutgeheißen werden, immerhin jedoch in der Meinung, daß gemäß den citirten Konkordaten auch die appenzellischen Gläubiger in dem in Tablat über Johann Biedermann ausgebrochenen Konkurse zugelassen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde ist begründet und die Regierung von Appenzell Außerrhoden pflichtig erklärt, die dem Joh. Biedermann von Magdalena Klee zugefallene Erbschaft an die Konkursmasse in Tablat auszuhändigen.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt. — Empiétement dans le domaine du pouvoir judiciaire.

66. Urtheil vom 17. Juli 1891 in Sachen Marti.

A. Durch Vertrag mit Wiederloſungsrecht vom 14. Juli 1887 verkauften die Schweſtern Magdalena und Anna Maria Rutſch dem Johann Marti ihren in den Bezirken Meſſen-Scheunen und Jegenſtorf-Scheunen (Bern) gelegenen im Grundſteuerregiſter auf 98,070 Fr. gewertheten Bauernhof mit Zugabe der darauf befindlichen Fahrhabe um den Preis von 50,000 Fr. Die Verkäuferinnen erklärten, dem Käufer für langjährige treue und umſichtige Dienſte eine Summe von 20,000 Fr. ſchuldig zu ſein, welche Summe auf den Kaufpreis verrechnet werde; ſie behielten ſich das lebenslängliche Nutznießungsrecht ſowie (für ſich und ihre Erben) das Wiederloſungsrecht während 10 Jahren vor, falls der Käufer ledig abſterben ſollte. Die Kaufreſtanz von 30,000 Fr. ſollte während des Lebens der Verkäuferinnen unzinsbar und unablöslich, dann aber innert Jahresfriſt ohne weitere Kündigung und ohne Zins an deren Erben zahlbar ſein. Nach Fertigung dieſes Vertrages entſtanden zwiſchen dem berniſchen Fiskus und dem Erwerber zwei verſchiedene Anſtände darüber, ob und inwieweit in dem Vertrage eine Schenkung liege und daher die Schenkungsſteuer zu bezahlen ſei. In erſter Linie behauptete

der Amtsschaffner von Fraubrunnen, die stipulirte Verrechnung von 20,000 Fr. für geleistete Dienste enthalte eine Schenkung und es sei daher von diesem Betrage die Schenkungssteuer zu bezahlen. Dieser Streit wurde vom Regierungsrathe des Kantons Bern durch rechtskräftig gewordenes Erkenntniß am 3. September 1890 dahin entschieden, die Schenkungssteuer sei von der Hälfte der verrechneten Summe, also von 10,000 Fr. zu bezahlen, da insoweit eine verkappte Schenkung, nicht eine angemessene Entlöhnung für geleistete Dienste, vorliege. Im Weitern stellte der Amtsschaffner von Fraubrunnen durch Administrativklage vom 30. Januar 1891 beim Regierungsstatthalter von Fraubrunnen den Antrag: Es sei Johann Marti grundsätzlich zu verurtheilen, von den ihm durch Wiederlosungskauf vom 14. Juli 1887 durch die Schwestern Rutsch zugewendeten Liegenschaften und Beweglichkeiten auf das Absterben der Nutznießerinnen Schenkungssteuer zu bezahlen und es sei dieselbe von 56,070 Fr. zu berechnen, nämlich von der Differenz zwischen dem wahren Werthe der abgetretenen Gegenstände und deren ausbedungenem Werthe. Gegenüber dieser Klage erhob Johann Marti die Kompetenzeinrede, da die Verwaltungsbehörden nicht kompetent seien, den vorliegenden Kaufvertrag im angehobenen Administrativverfahren als Schenkungsvertrag zu erklären; dies können nur die Gerichtsbehörden, da es eine Rechtsfrage sei. Gemäß dem bernischen Gesetze vom 20. März 1854 über das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen wurden hierauf die Akten zur Erledigung der Kompetenzfrage an den Regierungsrath geleitet. Dieser sprach sich durch Schreiben an das Obergericht vom 4. April 1891 für die Kompetenz der Administrativbehörden aus, indem er ausführte: Es handle sich um eine öffentliche Leistung (Schenkungssteuer), deren Beurtheilung den Administrativbehörden übertragen sei (§ 27 des Gesetzes vom 26. Mai 1864). Die Frage, ob in dem Wiederlosungskaufe zwischen den Schwestern Rutsch und dem Beklagten eine Schenkung liege, trage im Verhältniß zur Frage der Steuerpflicht den Charakter des Klagefundaments, dessen juristische Haltbarkeit einzig nach steuerrechtlichen Grundsätzen zu prüfen und zu entscheiden sei und es könne danach die Kompetenz der Administrativbehörden mit Erfolg nicht angefochten werden. Das Ober-

gericht trat gemäß Schreiben vom 2. Mai 1891 der Anschauung des Regierungsrathes bei und anerkannte die Kompetenz der Administrativbehörden. Der Regierungsrath brachte daher durch Schreiben seiner Justizdirektion an den Regierungsstatthalter von Fraubrunnen vom 6. Mai 1891 den Parteien zur Kenntniß, daß die Kompetenzeinrede des Johann Marti durch die übereinstimmenden Beschlüsse des Regierungsrathes vom 4. April 1891 und des Obergerichtes vom 2. Mai 1891 abgewiesen und demnach die Zuständigkeit der Administrativbehörden anerkannt worden sei.

B. Nunmehr ergriff Johann Marti den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er beantragt: Es sei zu erkennen, die unter Parteien obwaltende Streitfrage, ob J. Marti in Folge des mit den Schwestern Rutsch untem 14. Heumonat 1887 abgeschlossenen Kaufvertrages mit Wiederloſungsrecht pflichtig sei, eine Schenkungsgabe an den Staat zu entrichten, sei gemäß § 11 der bernischen Staatsverfassung nicht als „reine Verwaltungsstreitigkeit" nach § 42 K.-V. von der vollziehenden Behörde sondern als Rechtsfrage von den Gerichten zu entscheiden, unter Folge der Kosten. Zur Begründung wird im Wesentlichen Folgendes geltend gemacht: § 11 der bernischen Kantonsverfassung schreibe vor: Die administrative und richterliche Gewalt ist in allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt; § 42 derselben behalte nur reine Verwaltungsstreitigkeiten der Entscheidung der Regierungsbehörde vor. Im vorliegenden Falle sei nun die Entscheidung über die Steuerpflicht des Rekurrenten davon abhängig, ob eine Schenkung vorliege oder nicht. Diese Frage aber sei nicht eine reine Verwaltungsfrage sondern eine Rechtsfrage, welche nach der bernischen Verfassung nicht von den Administrativbehörden sondern von den Gerichten zu entscheiden sei. Voraussetzung der Schenkungssteuerpflicht sei das Vorhandensein einer Schenkung; der Begriff der Schenkung aber bestimme sich nach den Vorschriften des Civilgesetzbuches und es sei somit die Frage, ob eine Schenkung vorliege, ausschließlich nach Rechtsgrundsätzen und daher verfassungsmäßig von den Gerichten zu entscheiden. Auch die Frage, ob eine Zuwendung, welche nicht in Form einer Schenkung geschehe, dennoch im Sinne des Steuergesetzes einer Schen-

kung gleich zu behandeln sei, qualifizire sich als Rechtsfrage und der Streit darüber als Rechts- und nicht als Administrativstreitigkeit. Die Bedeutung und Tragweite der Bestimmungen, des hier in Rede stehenden Kaufvertrages können überhaupt nur von den Gerichten, nicht von den Administrativbehörden festgestellt werden. Nur die Gerichte können entscheiden, ob danach hier der Begriff der Schenkung zutreffe. Allerdings handle es sich nicht um einen rein privatrechtlichen sondern um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch. Allein dies genüge nicht zu Begründung der Kompetenz der Administrativbehörden und der Inkompetenz der Gerichte und verwandle eine Rechtsfrage nicht in eine reine Verwaltungsfrage. Entscheidend sei der Umstand, daß der Anspruch des Staates aus einem civilrechtlichen Verhältnisse hergeleitet werde, nämlich aus einem Schenkungsvertrag. Ueber den Bestand dieses civilrechtlichen Verhältnisses können regelrecht nur die Civilgerichte, nicht die Administrativbehörden entscheiden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Art. 11 der bernischen Staatsverfassung spricht, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Erbschaft Niklaus vom 23. Juli 1880 (Amtliche Sammlung VI, S. 420 u. ff.) ausgesprochen hat, blos aus, daß die administrative und richterliche Gewalt auf allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt zu organisiren seien. Derselbe ist also dadurch, daß in casu die Entscheidung über eine Schenkungssteuerstreitigkeit den Administrativbehörden zugewiesen worden ist, jedenfalls nicht verletzt.

2. Wie ebenfalls in der erwähnten Entscheidung in Sachen Niklaus des nähern ausgeführt ist, enthält die bernische Staatsverfassung überhaupt keine nähern Vorschriften über die Ausscheidung zwischen den Kompetenzen der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen und der Verwaltungsbehörden in reinen Verwaltungsstreitigkeiten. Sie bestimmt blos einerseits, daß die Rechtspflege in bürgerlichen und Strafrechtssachen einzig durch die verfassungsmäßigen Gerichte ausgeübt werde (§ 50), andrerseits daß der Regierungsrath höchstinstanzlich alle „reinen Verwaltungsstreitigkeiten" beurtheile, die nicht in die Kompetenz des Regierungsstatthalters fallen; eine Begriffsbestimmung der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" einerseits, der „reinen Verwaltungsstreitig-

keiten" andrerseits enthält sie nicht, sondern überläßt die genauere Ausscheidung der Kompetenzen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden der Gesetzgebung. Wenn der Rekurrent hie und da die Ansicht durchblicken läßt, als ob nach der bernischen Verfassung alle Streitigkeiten, öffentlich-rechtliche sowohl als privatrechtliche, die überhaupt nach Grundsätzen des Rechts zu beurtheilen seien, in die Kompetenz der Gerichte fallen, so ist dies gewiß nicht richtig. Einen derartigen Grundsatz, wonach die Rechtsprechung nicht nur auf dem Gebiete des bürgerlichen und Strafrechtes sondern auch auf dem Gebiete des gesammten öffentlichen Rechts (speziell also des Staats- und Verwaltungsrechts) den ordentlichen Gerichten übertragen würde, spricht die Verfassung nirgends aus; sie weist vielmehr, wie bemerkt, in § 50 blos die Rechtspflege in bürgerlichen und Strafrechtssachen, dagegen nicht diejenige auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts, den Gerichten zu. Danach erscheint es denn prinzipiell durchaus nicht als verfassungswidrig, daß die bernische Gesetzgebung, wie sie dies in dem Gesetze betreffend das Verfahren bei Streitigkeiten über öffentliche Leistungen von 1854 und dem Gesetze über die Erbschafts- und Schenkungssteuer von 1864 und 1879 unzweifelhaft gethan hat, die Streitigkeiten über öffentliche Leistungen überhaupt und speziell über Erbschafts- und Schenkungssteuern den Gerichten entzogen und den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zugewiesen hat. Denn derartige Streitigkeiten gehören, da die Steuer nicht kraft Privatrechts sondern kraft des staatlichen Hoheitsrechts gefordert wird, jedenfalls ihrer Natur nach nicht zu den bürgerlichen Rechtssachen.

3. Dies muß zur Abweisung der Beschwerde führen. Wenn der Rekurrent ausführt, es werde vorliegend der streitige Anspruch aus einem civilrechtlichen Verhältnisse, einem Schenkungsvertrage, hergeleitet, so ist dies nicht richtig. Der Steueranspruch des Staates entspringt hier, wie überhaupt, nicht aus einem privatrechtlichen Vertragsverhältnisse, sondern wird aus dem staatlichen Hoheitsrechte hergeleitet. Daß einzelne für den Bestand des öffentlich-rechtlichen Anspruchs präjudizielle Fragen nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sein mögen, ist für die verfassungsmäßige Kompetenz der Administrativbehörden gleichgültig. Denn für die Frage, ob eine Verwaltungssache oder eine Civilprozeß-

sache vorliege, entscheidet (wie das Bundesgericht bereits früher, z. B. in seiner Entscheidung in Sachen Chur gegen Graubünden vom 10. April 1880 Erw. 2 c, Amtliche Sammlung VI, S. 290 ausgesprochen hat) regelmäßig einzig die Natur des streitigen Anspruchs; darauf, ob einzelne Vorfragen u. dergl. nach Rechtssätzen des öffentlichen oder des Privatrechts zu beurtheilen sind, kommt nichts an, vielmehr ist die in der Hauptsache, zu Beurtheilung des streitigen Anspruches selbst, kompetente Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde, sofern nicht etwa das Gesetz ausdrücklich das Gegentheil bestimmt, auch zu Beurtheilung etwaiger civilrechtlicher respektive verwaltungsrechtlicher Präjudizialpunkte kompetent. Jedenfalls enthält die bernische Verfassung keine Bestimmung, welche diesen, in der schweizerischen Praxis wohl weitaus überwiegend angenommenen, Grundsatz ausschlösse. Somit liegt eine Verfassungsverletzung hier auch dann nicht vor, wenn die bernische Steuergesetzgebung ihren Bestimmungen den civilrechtlichen Begriff der Schenkung zu Grunde gelegt hat und nicht etwa, was nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheint, nach dem Zusammenhange ihrer Bestimmungen einen besondern steuerrechtlichen Schenkungsbegriff postulirt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte. Atteintes portées à d'autres droits garantis.

67. Urtheil vom 10. Juli 1891 in Sachen Fischer-Gloor.

Jakob Fischer-Gloor in Meisterschwanden als Miteigenthümer des Gasthauses zum Bären in Fahrwangen hat dasselbe sammt Wirthschaftsinventar dem Th. Spieß, Bierbrauer in Luzern, verpachtet. Letzterer seinerseits hat mit Einwilligung des Verpächters die Pachtobjekte dem X. Brunner in Unterpacht gegeben. Auf

dem von Spieß und Brunner aufgenommenen Pachtinventar waren auch ein Brückenwagen und drei neue Betten enthalten, welche Fischer als sein Eigenthum verlangte, da sie zum Wirthschaftsmobiliar nicht gehörten.

Am 9. August 1890, Abends nach 9 Uhr, ist J. Fischer mit seinem Knecht und zwei andern Personen in das Gasthaus zum Bären eingedrungen, hat im obern Stockwerk die von Brunner verschlossene Gangthüre öffnen lassen und hat ohne die Bewilligung des Unterpächters aus einem Zimmer durch seine Gehülfen ein Bett mit Zubehör, von welchem ein Theil dem Anzeiger gehört, hinunter transportiren und auf einen ebenfalls dem Fischer gehörenden Brückenwagen laden lassen. Nur die Intervention des Gemeindeammanns von Fahrwangen konnte die Abfuhr der genannten Objekte verhindern.

In Folge dieser Thatsachen hat Brunner gegen Fischer-Gloor eine Strafklage eingereicht und eine Untersuchung wurde eingeleitet. Mit Urtheil vom 4. September 1890 hat das Bezirksgericht Lenzburg erkannt:

1. Der Beklagte Fischer-Gloor hat sich eines Vergehens gegen die öffentliche Ordnung schuldig gemacht.

2. In Ahndung desselben wird er verurtheilt:

a. Zu einer Gefangenschaftsstrafe von 8 Tagen;

b. Zu einer Buße von 200 Fr.;

c. Zu einer Spruchgebühr von 40 Fr. zu Handen des Staates.

3. Er hat die Untersuchungskosten mit 39 Fr. 80 Cts. und die Kosten der Gefangenschaft zu tragen.

4. Er hat dem Kläger eine Entschädigung von 200 Fr. zu bezahlen und demselben die Parteikosten mit 25 Fr. 70 Cts. zu ersetzen.

Gegen dieses Urtheil rekurrirte der Bestrafte, und mit Urtheil vom 10. März 1891 hat das Aargauer Obergericht die dem Rekurrenten auferlegte Gefängnißstrafe auf vier Tage reduzirt. Im Uebrigen wurde das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Dieses Urtheil wird im Wesentlichen folgendermaßen motivirt: Der Kläger und seine Frau befanden sich in der Innehabung des streitigen Bettes kraft eines civilrechtlichen Titels und sie haben gegen

dessen Wegnahme protestirt; diesen Protesten gegenüber hätte der Beklagte den Rechtsweg einschlagen und sich nicht durch Gewaltthat in den Besitz des gewünschten Objektes setzen sollen. Er hat sich einer unerlaubten Selbsthülfe und strafbaren Eigenmacht schuldig gemacht. Im Kanton Aargau ist von jeher eine solche Selbsthülfe als Vergehen gegen die öffentliche Ordnung bestraft worden, im Sinne von Art. 1 Abs. 5 des Zuchtpolizeigesetzes, auch wenn die Merkmale des Verbrechens respektive des Vergehens der Gewaltthätigkeit (§ 142 des Strafgesetzes) nicht zutrafen. Der Beklagte ist in einer Weise vorgegangen, wie es nur einem Vollziehungsbeamten gestattet wäre. Auch konnte das Eigenthumsrecht des Beklagten an den betreffenden Objekten die eigenmächtige Selbsthülfe nicht entschuldigen. Dadurch, daß der Beklagte widerrechtlich in die Wohnung des Klägers eindrang, hat er sich auch eines Hausfriedensbruches schuldig gemacht. Es ist gleichgültig, ob dieses Vergehen im Kanton Aargau als mit zuchtpolizeilicher Strafe bedroht betrachtet werden müsse oder nicht, denn die unerlaubte Selbsthülfe verleiht dem ganzen Vorgang ein rechtliches Gepräge, so daß die Hausrechtsverletzung nur als eine strafschärfende Qualifikation derselben im Sinne der §§ 41 und 42 des Strafgesetzes und nicht als ein selbständiges Vergehen erscheint. Erschwerend für das vom Beklagten verübte eigenmächtige Verhalten ist, daß die vorgenommene Hausrechtsverletzung zur Nachtzeit und mit Hülfe einer Anzahl von Eindringlingen stattgefunden hat.

Gegen dieses Urtheil hat Fischer-Gloor das Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Begehren, es sei besagtes Urtheil wegen Verfassungsverletzung aufzuheben unter Kostenfolge. Zur Begründung führt Rekurrent unter Anderem folgendes an: Das rekurrirte Urtheil verstößt gegen das Prinzip „nulla pœna sine lege", welches seit 1831 in der Aargauer Verfassung steht. Die aargauische Gesetzgebung kennt keine Vergehensbegriffe, unter welche die angebliche Handlungsweise des Rekurrenten subsummirt werden kann; die unerlaubte Selbsthülfe kann insbesondere nicht unter Art. 1 des Zuchtpolizeigesetzes fallen (S. Stooß, Sammlung der schweizerischen Strafgesetzbücher, S. 365). Das materielle Rechtsgefühl geht dahin, daß jeder sein eigenes Recht schützen dürfe. Selbst die

Wissenschaft sieht die sogenannte eigenmächtige Selbsthülfe, wenn sie nicht in ein besonderes, vom betreffenden Gesetzbuche mit Strafe bedrohtes Delikt übergeht, nicht als strafbar an. Die Strafanzeige spricht nur von Gewaltthätigkeit und Hausfriedensbruch, nicht aber von Selbsthülfe, welche als strafbares Vergehen nach aargauischem Rechte nicht zu konstruiren ist. Wenn Fischer seinen Wagen auf der Straße wieder zu sich genommen hätte, so dürfte Niemand dadurch die öffentliche Ordnung, sondern höchstens die privatrechtlichen Besitzesrechte des Anzeigers als verletzt ansehen. Was den Hausfriedensbruch anbelangt, so hat das Obergericht selbst anerkannt, daß er nicht unter § 1 Alinea 5 des Zuchtpolizeigesetzes zu subsumiren sei; ein derartiger Akt bildet jedenfalls nicht ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung. Art. 20 der aargauischen Verfassung bezieht sich offenbar nur auf Verletzungen des Hausrechts durch Beamtenwillkür. Rekurrent legt, um das Vorkommniß in richtigeres Licht zu stellen, eine Reihe von Zeugnissen ein.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau sowie der Rekursbeklagte Xaver Brunner in Fahrwangen erklären, daß sie sich zu Gegenbemerkungen auf die Beschwerde nicht veranlaßt sehen; erstere fügt noch bei, daß sie sich den Ausführungen des obergerichtlichen Urtheils anschließe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es versteht sich zunächst von selbst, daß dem Bundesgerichte jede Kompetenz fehlt, um die durch die kantonale Behörde konstatirten Thatsachen seiner Nachprüfung zu unterstellen; seine Kompetenz erstreckt sich vielmehr nur auf die Frage, ob das in Art. 19 der aargauischen Kantonsverfassung niedergelegte Prinzip nulla pœna sine lege durch das rekurrirte Urtheil mißachtet respektive verletzt worden sei. Nun hat aber das Bundesgericht schon zu wiederholten Malen Veranlassung gehabt, diese Verfassungsbestimmung zu interpretiren und zwar namentlich im Hinblick auf § 1 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes. Der von ihm in dieser Beziehung angenommene Grundsatz ist der im Urtheil vom 3. Mai 1889 in Sachen Kuhn und Hübscher ausgesprochene, wonach es dem Gesetzgeber trotz jenem verfassungsmäßigen Prinzip dennoch freisteht, von einer genauen Definition der

Thatbestände der strafbaren Handlungen abzusehen und diese Thatbestände einfach durch den technischen Namen der Delikte oder durch allgemein gefaßte Verbrechensbegriffe zu umschreiben. Es ist also die Anwendung des § 1 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes, welcher die zuchtpolizeilich strafbaren Thatbestände nur durch ganz allgemein gehaltene Verbrechensbegriffe bezeichnet, an sich nicht verfassungswidrig und das Bundesgericht ist nicht befugt zu prüfen, ob Strafurtheile, welche in Anwendung dieses Gesetzes erlassen werden, auf richtiger Auslegung desselben beruhen. Dagegen hat es zu untersuchen, ob solche Urtheile nicht dadurch, daß sie Thatbestände unter das Gesetz subsumiren, die selbst bei weitestgehender Auslegung nicht darunter gehören, eine verfassungswidrige Erweiterung des Gebietes des strafbaren Unrechts schaffen.

2. Danach kann im vorliegenden Falle lediglich die Frage aufgeworfen werden, ob Rekurrent, indem er sich auf dem Wege gewalttäthiger Selbsthülfe und namentlich vermittelst einer Hausrechtsverletzung Recht zu verschaffen suchte, eine That begangen hat, welche unter die in § 1 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes genannten Vergehen gegen die öffentliche Ordnung zu subsumiren sei. Diese Frage muß nun ohne Zweifel bejaht werden. Denn, abgesehen davon, ob die unerlaubte Selbsthülfe als solche ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung involvire oder nicht, so ist doch nicht zu bestreiten, daß der Hausfriedensbruch in den weitaus meisten Gesetzgebungen als Delikt verzeichnet und bestraft wird, und es darf auch nicht geleugnet werden, daß dieses Vergehen als ein die öffentliche Ordnung gefährdendes betrachtet und geahndet werden kann, wie dies ja auch die Auffassung z. B. des deutschen Strafgesetzes ist.

3. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das aargauische Obergericht dadurch, daß es in einer vermittelst Hausfriedensbruches verübten Selbsthülfe ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung erblickte, die Grenzen einer möglichen und daher erlaubten Interpretation des Art. 1 Alinea 5 des Zuchtpolizeigesetzes nicht überschritten. Diese seine Interpretation erscheint um so gerechtfertigter, als diese Gesetzesbestimmung, indem sie in ganz allgemeiner Weise die Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit mit Strafe bedroht, unverkennbar die Absicht

hatte, unter gemeinsamer Benennung eine Reihe von Vergehen zu bestrafen, über deren Strafbarkeit zwar kein Zweifel obwaltet, die aber einzeln vorzusehen der Gesetzgeber nicht für nöthig erachtete. Daß der dem Rekurrenten zur Last gelegte Thatbestand unter diese Vergehen gehört, bedarf wohl keiner einläßlichern Ausführung. Ob das Obergericht mit Recht die unerlaubte Selbsthülfe als das Hauptvergehen und den Hausfriedensbruch als nur erschwerenden Umstand betrachtet hat, ist aus dem Grunde nicht zu untersuchen, weil selbst im Falle, wo diese Auffassung als unrichtig bezeichnet werden müßte, der Thatbestand in seiner Gesammtheit dennoch als eine Verletzung der öffentlichen Ordnung involvirend respektive als ein strafbares Eindringen in das Gebiet der Staatseinrichtungen angesehen werden konnte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

68. Urtheil vom 10. Juli 1891 in Sachen Häfliger.

Am 14. Mai 1890 verurtheilte das Bezirksgericht Zofingen die Wittwe Maria Häfliger geb. Haller und deren Tochter Maria Häfliger, beide in Kulmerau, Kantons Luzern, wegen Forstfrevels zu einer Geldstrafe eventuell Gefängnißstrafe zu Entschädigung und Kosten.

Die Gerichtskasse Zofingen suchte die Bewilligung zur Vollziehung des genannten Urtheils im Kanton Luzern nach, und durch Entscheid vom 4. April 1891 ertheilte das Obergericht des Kantons Luzern diese Bewilligung.

Gegen diese Entscheidung rekurriren die Wittwe Maria Häfliger und deren Tochter an das Bundesgericht mit dem Begehren, es wolle den Entscheid des Obergerichtes aufheben. Zur Begründung dieses Gesuches führt der Vertreter der Rekurrentinnen folgendes an: Der Kanton Luzern darf nur dann Strafurtheile außerkantonaler Gerichte vollziehen, wenn er sein Recht und seine Verpflichtung

dazu vorerst auf dem verfassungsmäßigen Wege festgestellt hat, was er in casu nicht gethan; der Große Rath hat niemals zur Abschließung eines Staatsvertrages in der Materie seine Einwilligung ertheilt. Das aus der „konstanten bisherigen Praxis" abstrahirte Motiv des rekurrirten Entscheides ist aus dem Grunde unstichhaltig, weil in frühern Fällen die Vollziehung nicht streitig war. Art. 5 Abs. 2 der Luzerner Verfassung garantirt, daß kein Bürger gerichtlich verfolgt werden darf, außer in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen. Ein den obergerichtlichen Entscheid unterstützendes Gesetz existirt nicht, und die Rekurrentinnen sind deßhalb in einem verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte verletzt. Das Obergericht war ohnehin verfassungsmäßig nicht befugt, die Vollziehung auswärtiger Strafurtheile zu bewilligen.

In ihrer Beantwortung trägt die Kriminal- und Anklagekammer des Kantons Luzern auf Abweisung des Rekurses an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die dem Urtheile des Bezirksgerichtes Zofingen durch den obergerichtlichen Entscheid ertheilte Vollziehungsbewilligung wird nicht etwa aus dem Grunde bemängelt, weil das zu vollziehende Urtheil nicht rechtskräftig, z. B. von einem inkompetenten Gerichte gefällt worden wäre, sondern einzig vom Standpunkte einer behaupteten Verletzung des Art. 5 Abs. 2 der luzernischen Verfassung, respektive der Inkompetenz des Obergerichtes zum Erlasse des rekurrirten Entscheides. In dieser Hinsicht ist zuerst zu bemerken, daß die oben citirte Verfassungsbestimmung, nach welcher niemand gerichtlich verfolgt werden kann, außer in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen, sich öffensichtlich nur auf das Verfahren innerhalb des Kantons bezieht und nicht auf die Fälle des Vollzuges außerkantonaler Urtheile.

Wenn Art. 61 B.-V. nur den außerkantonalen Civilurtheilen den Vollzug sichert, so bleibt es selbstverständlich den Kantonen unbenommen, die Vollziehung auch den Strafurtheilen aus freien Stücken zu gewähren, wie es ihnen auch freisteht, eine Auslieferung wegen Verbrechen oder Vergehen, die in dem Bundesgesetze nicht enthalten sind, zu gestatten (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Frey, Amtliche Sammlung V, S. 535).

2. Indem das Obergericht die nachgesuchte Vollziehung be-

willigte, hat es keineswegs seine verfassungsmäßige Kompetenz überschritten. Allerdings existirt kein bezüglicher Staatsvertrag mit dem Kanton Aargau, auch keine Verfassungsbestimmung, woraus zu schließen wäre, welche Behörde in solchen Fällen zu entscheiden habe und ebenfalls überträgt das luzernische Organisationsgesetz diese Kompetenz dem Obergerichte nicht ausdrücklich.

Erwägt man aber, daß § 315 des luzernischen Civilprozesses die Entscheidung über die Zulässigkeit der Vollziehung außerkantonaler Civilurtheile in die Kompetenz des Obergerichtes legt, daß doch irgend eine Behörde über die Vollziehung außerkantonaler Strafurtheile entscheiden muß und daß das Obergericht bisher stetsfort solche Entscheidungen analog der oben erwähnten Bestimmung des Art. 315 wirklich getroffen hat, so kann der in Sachen gefällte obergerichtliche Entscheid nicht als verfassungswidrig bezeichnet werden, da er mit keiner Bestimmung der Verfassung oder der Gesetzgebung in Widerspruch kommt und von keiner Seite behauptet wird, daß er aus willkürlichen Motiven entsprungen sei.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse. Rapports de droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 23. Februar 1882. — Traité avec la France du 23 Février 1882.

69. Urtheil vom 17. Juli 1891 in Sachen Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique in Paris.

A. Die Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique in Paris erhob am 7. März 1891 beim Civilgerichtspräsidium von Basel gegen Oskar Türke, Restaurateur, in Basel, Klage auf Schadenersatz von 50 Fr., weil derselbe in der letzten Zeit wiederholt in seinem Biergarten zum Platanenhof in Basel in öffentlichen, durch die Tagesblätter angekündigten Konzerten Musikstücke habe spielen lassen, welche in Frankreich und somit nach Art. 20 des schweizerisch-französischen Staatsvertrages vom 23. Februar 1882 auch in der Schweiz gegen unbefugte Aufführung geschützt seien, ohne daß er von der klägerischen Gesellschaft, welcher die Komponisten dieser Werke als Mitglieder angehören, das Aufführungsrecht erworben habe. Als solche, in den Jahren 1890/1891 unbefugterweise beim Beklagten aufgeführte

Kompositionen wurden genannt: 1. Je einmal gespielt: Fantasie aus Verdis Aida, Ouverture zu Rossinis diebische Elster, Fantasie aus Verdis Traviata, Marsch aus Bizets Carmen, Ouverture zu Verdis Nebukadnezar, Frühlingslied von Gounod, Introduktion und Chor aus Wagners Lohengrin, Chor und Gebet aus Meyerbeers Dinorah, Scene und Arie aus Verdis Trovatore, Pilgerchor aus Wagners Tannhäuser, Ouverture zu Flotows Stradella, Galopp von Faust; 2. je zweimal gespielt: Ouverture zu Aubers Stumme von Portici, Steuermannslied und Matrosenchor aus Wagners fliegendem Holländer, Fantasie aus Bizets Carmen, Entr'akte und Lied aus Gounods Faust, zwei Charakterstücke Eilenbergs, die Ouverturen zu Wagners Rienzi und Rossinis Tell. Der Beklagte gab zu, daß diese Stücke bei ihm gespielt worden seien, dagegen bestritt er seine Haftbarkeit deßhalb, weil die betreffenden Orchester (deutsche Regimentsmusiken) auf eigene Kosten und eigenes Risiko bei ihm gespielt und das Eintrittsgeld selbst einkassirt haben; sie und nicht er seien daher zu belangen. Durch eingehend begründetes Urtheil vom 16. April 1891 (seinem wesentlichen Inhalte nach abgedruckt Revue der Gerichtspraxis IX, Nr. 87) hat der Civilgerichtspräsident III die Klage abgewiesen.

B. Gegen diese Entscheidung hat die Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique mit Schriftsatz vom 13. Juni 1891 beim Bundesgerichte Beschwerde wegen Verletzung des schweizerisch-französischen Staatsvertrages vom 23. Februar 1882 eingelegt. Diese Beschwerde ficht die angefochtenen Entscheidung nicht in ihrem ganzen Umfange, sondern nur insoweit an, als die Entscheidung auf Werke französischen Ursprungs, welche zum ersten Male in Frankreich aufgeführt oder veröffentlicht worden seien, sich beziehe; als solche Werke bezeichnet sie: 1. Meyerbeer: Dinorah; 2. Auber: Stumme von Portici; 3. Rossini: Tell; 4. Gounod: Faust; 5. Bizet: Carmen; 6. Gounod: Frühlingslied. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt: Die angefochtene Entscheidung beruhe auf der Annahme, daß der Schutz des Art. 20 des Staatsvertrages vom 23. Februar 1882 nur solchen Werken gebühre, welche seit dem Inkrafttreten dieses Vertrages (16. Mai 1882) zum ersten Male

in Frankreich seien aufgeführt oder veröffentlicht worden. Diese Anschauung sei aber unrichtig. Schon der Wortlaut des Vertrages widerspreche ihr. Der französische Text spreche von œuvres dramatiques ou musicales, publiées ou exécutées pour la première fois en France, bediene sich also des Participium perfectum, welches etwas Vergangenes prädizire. Der deutsche Text gebrauche die Wendung „dramatische oder musikalische Werke, welche in Frankreich zum ersten Male veröffentlicht oder aufgeführt werden." Diese Ausdrucksweise sei allerdings weniger deutlich als diejenige des französischen Textes; sie müsse aber, da letzterm mindestens der gleiche Werth wie dem deutschen Texte zukomme, in gleichem Sinne ausgelegt werden, zumal es im deutschen Texte, um den vom Basler Richter angenommenen Sinn unzweideutig zum Ausdrucke zu bringen, heißen müßte: „.... welche werden veröffentlicht werden." Vollends unzweifelhaft erscheine die Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung mit Rücksicht auf Art. 18 des Staatsvertrages. Nach diesem Artikel genüge, um in der Schweiz allen literarischen und künstlerischen Werken den in Art. 1 vereinbarten Schutz zu gewähren, eine von dem französischen bureau de librairie au ministère de l'Intérieur auszustellende, durch die schweizerische Gesandtschaft in Paris zu legalisirende Bescheinigung, daß das betreffende Werk in Frankreich den gesetzlichen Schutz gegen Nachbildung oder unerlaubte Reproduktion genieße. Einer solchen Bescheinigung gegenüber stehe dem Richter keine Kognition darüber mehr zu, ob das Werk gemäß dem Vertrage zu schützen sei oder nicht; er habe nur noch zu untersuchen, ob im Uebrigen, dem Thatbestande nach, eine Verletzung des Vertrages vorliege. Die Rekurrentin habe nun derartige Bescheinigungen eingelegt. Der Basler Richter habe denselben aber nicht die gehörige Beachtung geschenkt. Die angefochtene Entscheidung beruhe auf einer unrichtigen Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Nichtrückwirkung der Gesetze. Diese Grundsätze beziehen sich doch nur auf bereits begründete Rechtsverhältnisse, nicht aber auf die bloße, durch die allgemeine Rechtsfähigkeit bedingte Möglichkeit und Befugniß, Rechte zu erwerben und Handlungen vorzunehmen. Wenn nun auch vor dem Jahre 1882 in der Schweiz die Möglichkeit bestanden habe, in

Frankreich publizirte Werke straflos zu reproduziren, so seien dadurch doch keine Rechte begründet worden. Wenn die angefochtene Entscheidung sich auf die Analogie anderer von der Schweiz abgeschlossener Literarkonventionen berufe, welche den Schutz des Aufführungsrechtes ausdrücklich auf die nach dem Inkrafttreten des Vertrages erscheinenden Werke beschränken, so sei darauf zu erwidern, daß diese Beschränkung eben in dem schweizerisch-französischen Vertrage sich nicht finde, also dort offenbar nicht gewollt sei. Nach diesen Ausführungen erscheine der Schadenersatzanspruch der klägerischen Gesellschaft prinzipiell als begründet. Was dessen Höhe anbelange, so habe die Klägerin allerdings einen Theil ihrer Ansprüche fallen lassen und die Forderungen auf die Stücke von unbestritten französischer Provenienz beschränkt. Allein nichtsdestoweniger sei die Forderung von 50 Fr. nicht übersetzt. Es werde demnach beantragt: Es sei das vorstehend erwähnte Urtheil des Herrn Civilgerichtspräsidenten, als gegen den zur Zeit noch bestehenden Staatsvertrag mit Frankreich verstoßend, aufzuheben und die vom Kläger geforderte Entschädigung für unbefugte Reproduktion gesetzlich geschützter Musikstücke prinzipiell zuzusprechen. Eventuell unter Kostenfolge für den Rekursbeklagten.

C. Der III. Civilgerichtspräsident von Baselstadt bezieht sich auf die Gründe seines Urtheils, indem er beifügt, er könne die erhobenen Einwendungen nicht für begründet erachten. Speziell wolle es ihm scheinen, daß bei derjenigen Auffassung des Art. 18 der Uebereinkunft vom 23. Februar 1882, welche der Rekurrent vertrete, z. B. Art. 21 der Uebereinkunft überflüssig wäre; die betreffenden Bescheinigungen des französischen bureau de la librairie au ministère de l'Intérieur enthalten übrigens auch stets das Datum des Depot. Art. 18 wolle ja in That und Wahrheit nur Art. 3 und 6 für den Schutz in der Schweiz außer Anwendung setzen. Die Prüfung, ob das betreffende Werk gemäß Art. 20 « pour la première fois en France » publizirt oder aufgeführt worden sei, sei um so nothwendiger, als die interne französische Gesetzgebung im Schutze des Autorrechtes weit liberaler sei als der Vertrag. Es werde demnach auf Abweisung des Rekurses angetragen.

D. Der Rekursbeklagte O. Türke hat eine Vernehmlassungsschrift nicht eingereicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde insoweit kompetent, als es befugt ist, zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung grundsätzlich gegen die Bestimmungen der schweizerisch-französischen Literarkonvention vom 23. Februar 1882 verstoße und, im Falle der Bejahung, das angefochtene Urtheil des kantonalen Gerichtes aufzuheben. Dagegen steht ihm keine Kompetenz in der Sache selbst zu und es ist daher nicht berechtigt, seinerseits ein neues Urtheil über den eingeklagten Schadenersatzanspruch zu fällen. Vielmehr muß, sofern die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Staatsvertrages beruht und daher aufzuheben ist, die Sache zu erneuter Beurtheilung, auf Grund des bundesgerichtlichen Entscheides, an das kantonale Gericht zurückgewiesen werden (vergl. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen VIII, S. 765 Erw. 1; VII, S. 780 Erw. 1).

2. Die angefochtene Entscheidung hat die Klage, soweit dieselbe sich auf Meyerbeers Dinorah, Aubers Stumme von Portici und Rossinis Tell bezieht, nicht nur aus dem Grunde abgewiesen, weil der Schutz des Art. 20 des Staatsvertrages vom 23. Februar 1882 nur den seit dessen Inkrafttreten veröffentlichten Kompositionen zu Gute komme, sondern auch aus dem weitern Grunde, weil für diese Werke jedenfalls die Schutzfrist des Art. 21 des Staatsvertrages abgelaufen wäre. Die Richtigkeit der sachbezüglichen Ausführungen der angefochtenen Entscheidung ist in der Beschwerdeschrift nicht angefochten worden und es ist denn auch in dieser Richtung dem Urtheile des kantonalen Richters beizutreten. Es ist richtig, daß für die Dauer, während welcher diese Werke in der Schweiz gegen unbefugte Aufführung geschützt werden, Art. 21 des Staatsvertrages maßgebend ist und nicht etwa gemäß Art. 2 der Berner Konvention vom 9. September 1886, die längere Frist des Art. 2 des Bundesgesetzes vom 23. April 1883 gilt. Denn der weitgehende Schutz des Aufführungsrechtes dramatischer oder musikalischer Werke, wie er durch Art. 20 des Staatsvertrages in Gemäßheit der französischen Gesetzgebung

französischen Werken in der Schweiz zugesichert wird und wie er auch nach Inkrafttreten der Berner Konvention noch fortbesteht (s. bundesgerichtliche Entscheidungen, Amtliche Sammlung XVI, S. 740 u. ff.), ist dem Bundesgesetze fremd; für denselben kann daher auch nicht die Schutzfrist dieses Gesetzes sondern nur diejenige des Staatsvertrages gelten. Art. 21 und 20 des Staatsvertrages hängen, wie die angefochtene Entscheidung richtig bemerkt, untrennbar zusammen. Die weitgehenden Rechte des Art. 20 werden auf die in Art. 21 bestimmte Dauer gewährleistet; sie werden als auf diese Dauer zeitlich begrenzt eingeführt. Danach liegt denn auf der Hand, daß die Schutzfrist für „Dinorah," „Stumme von Portici" und „Tell" abgelaufen ist, da die Komponisten dieser Werke sämmtlich verstorben und seit der ersten Aufführung der letztern in den Jahren 1859 (Dinorah) 1828 (Stumme) und 1829 (Tell) mehr als dreißig Jahre verstrichen sind.

3. Es kann sich also nur darum handeln, ob die Entscheidung, insoweit sie Gounods Faust und Frühlingslied und Bizets Carmen betrifft, den Staatsvertrag verletze. Die angefochtene Entscheidung versagt diesen Werken den staatsvertraglichen Schutz deßhalb, weil dieselben *vor* dem 16. Mai 1882, dem Datum des Inkrafttretens des Staatsvertrages mit Frankreich, dort publizirt worden seien, gemäß dem Vertrage aber nur die *nach* dessen Inkrafttreten zum ersten Male in Frankreich veröffentlichten oder aufgeführten Werke den Schutz des französischen Rechtes bezüglich ihrer Aufführung in der Schweiz genießen. Die Frage, ob diese Entscheidung eine richtige sei oder ob vielmehr auch ältere französische Werke den staatsvertraglichen Schutz gegen unbefugte Aufführung genießen, ist eine offene, durch die Rechtsprechung noch nicht erledigte. Allerdings hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Meyer-Kunz & Cie. vom 13. Dezember 1890 (Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XVI, S. 740 u. ff.) eine Entscheidung der genferischen Cour de Justice civile, durch welche dem „Faust" von Gounod der staatsvertragliche Schutz gegen unbefugte Aufführung gewährt wurde, gebilligt und wurden auch durch andere Urtheile schweizerischer Gerichte französische Kompositionen geschützt, welche vor dem

Inkrafttreten des Staatsvertrages vom 23. Februar 1882 veröffentlicht worden waren. Allein in allen diesen Fällen war letzterer Umstand von den Parteien nicht erheblich gemacht und ist demnach die hier aufgeworfene Frage von den Gerichten nicht geprüft worden. In der Doktrin ist dieselbe von Schneider, Schutz des musikalischen Kunstwerkes in der Schweiz XVI, und Orelli, Zeitschrift für schweizerisches Recht, IX, S. 603 Neue Folge, indeß ohne nähere Motivirung, im Sinne der angefochtenen Entscheidung beantwortet worden. Wird auf deren Prüfung eingetreten, so kann der Ansicht, daß Art. 20 des Staatsvertrages nur die nach seinem Inkrafttreten veröffentlichten Werke schütze, nicht beigetreten werden. Wenn zwar der Rekurrent zur Entscheidung der Frage den Art. 18 des Staatsvertrages heranzieht, so ist dies gewiß nicht richtig. Die Bestimmung des Art. 18 besagt, wie ihr Inhalt und Zusammenhang deutlich ergeben, einfach, daß zum Erwerbe der Schutzberechtigung für französische Werke in der Schweiz die Erfüllung der Formalitäten der Art. 3 und 6 des Staatsvertrages nicht erforderlich sei, diese Formalitäten vielmehr durch Produktion einer legalisirten Bescheinigung des französischen bureau de librairie au ministère de l'Intérieur ersetzt werden. Diese Bescheinigung schließt aber Recht und Pflicht des schweizerischen Richters, zu prüfen, ob ein bestimmtes Werk nach den Vorschriften des Staatsvertrages schutzberechtigt, ob z. B. die Schutzfrist des Art. 21 noch nicht abgelaufen sei und dergleichen, in keiner Weise aus. Es ist im Fernern der angefochtenen Entscheidung zuzugeben, daß der Wortlaut des Art. 20 des Staatsvertrages, für sich allein genommen, einen völlig zwingenden Schluß weder im einen noch im andern Sinne begründet. Entscheidend fällt dagegen in die Wagschaale der Zusammenhang des Vertrages, insbesondere die Vergleichung des Art. 20 mit Art. 1 desselben. Art. 1 des Vertrages, welcher den zum ersten Male in der Schweiz veröffentlichten Werken der Literatur und Kunst in Frankreich den gleichen Schutz, wie den zuerst in Frankreich erschienenen Erzeugnissen zusichert, spricht sich, wie Art. 20, nicht expressis verbis darüber aus, ob er sich nur auf die nach Inkrafttreten des Vertrages erscheinenden oder auch auf ältere Werke beziehe; er spricht (wie Art. 20) einfach

von Werken „.... publiées pour la première fois en Suisse" („welche zum ersten Male in der Schweiz veröffentlicht werden"). Nichtsdestoweniger kann einem Zweifel gewiß nicht unterliegen, daß Art. 1 sich nicht nur auf die nach dem Inkrafttreten des Vertrages erscheinenden sondern auch auf ältere Werke der Literatur und Kunst bezieht. In der That ist ja vollständig klar, daß die vertragschließenden Staaten durch Art. 1 (ebenso wie durch Art. 16 und 19) nicht nur für zukünftige literarische oder künstlerische Erzeugnisse, sondern auch für die bereits vorhandenen, internationalen Rechtsschutz gegen Nachdruck und Nachbildung vereinbaren wollten. Auf ganz gleichem Fuße nun aber behandelt der Vertrag von 1882 auch das Aufführungsrecht. Art. 4 bestimmt, daß die Bestimmungen des Art. 1 über den Schutz schweizerischer literarischer oder künstlerischer Erzeugnisse in Frankreich ebenfalls Anwendung finden auf die Darstellung oder Aufführung.... dramatischer oder musikalischer Werke, welche zum ersten Male in der Schweiz veröffentlicht, aufgeführt oder dargestellt werden (« des œuvres dramatiques ou musicales publiées, exécutées ou représentées pour la première fois en Suisse »). Und Art. 20 schreibt vor, daß die Verfasser dramatischer oder musikalischer Werke, welche in Frankreich zum ersten Male aufgeführt oder veröffentlicht werden (publiées ou exécutées pour la première fois en France) in der Schweiz den gleichen Schutz des Aufführungsrechtes genießen, welcher in Frankreich schweizerischen Erzeugnissen zu Theil wird. In keiner Weise wird dabei ausgedrückt, daß für den Schutz des Aufführungsrechtes rücksichtlich der zeitlichen Rechtsanwendung andere Regeln gelten sollen, als für den Schutz gegen Nachdruck u. s. w.; es geht daher gewiß nicht an, eine solche Unterscheidung in den Vertrag hineinzutragen, die insoweit völlig gleichlautende Bestimmung betreffend den Schutz des Aufführungsrechtes anders zu interpretiren, als die allgemeine Vorschrift des Art. 1 (16 und 19) unzweifelhaft ausgelegt werden muß. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß die kontrahirenden Staaten, wenn sie in Art. 1 (16 und 19) unter Erzeugnissen, welche zum ersten Male in Frankreich respektive in der Schweiz veröffentlicht werden (publiées pour la première fois en Suisse ou en France), so-

wohl bereits veröffentlichte als erst nach dem Inkrafttreten des Vertrages erscheinende verstanden, sie in Art. 20 mit der ganz gleichen Fassung auch den gleichen Sinn verbanden; wenn dies nicht der Wille der Kontrahenten gewesen wäre, so hätte die Unterscheidung gewiß im Texte des Vertrages zu unzweideutigem Ausdrucke gebracht werden müssen. Dies ist nicht geschehen, vielmehr ist in Art. 4 des Vertrages von 1882 der in der frühern schweizerisch-französischen Literarkonvention von 1864 nach den Worten « publiées, exécutées ou représentées pour la première fois en Suisse » enthaltene Zusatz « après la mise en vigueur de la présente convention » weggelassen worden. Diese Streichung kann nicht als eine zufällige, bedeutungslose erachtet werden; vielmehr erscheint sie als eine gewollte, durch welche der Schutz des Aufführungsrechtes auf gleiche Linie mit dem Schutze gegen Nachdruck gestellt werden sollte. Es kann um so weniger angenommen werden, es habe durch den Vertrag vom 23. Februar 1882 der Schutz des Aufführungsrechtes auf die nach dessen Inkrafttreten erscheinenden Werke beschränkt werden wollen, als dadurch den unter der Herrschaft der Staatsvertrages von 1864 erschienenen Werken der ihnen nach diesem Vertrage zukommende staatsvertragliche Schutz wieder entzogen worden wäre. Dieser Schutz war freilich, da das interne schweizerische Recht, mit Ausnahme des genferischen, einen Schutz des Aufführungsrechtes nicht kannte und Art. 21 des Vertrages von 1864 französischen Werken in der Schweiz lediglich den nämlichen Schutz zusicherte, wie ihn die Werke schweizerischer Urheber genossen, praktisch von geringer Bedeutung. Immerhin ist gewiß nicht anzunehmen, daß die vertragschließenden Staaten durch den Vertrag vom 23. Februar 1882 den Schutz des Aufführungsrechtes ohne Rücksicht darauf, daß grundsätzlich bereits durch die Literarkonvention von 1864 ein solcher Schutz angestrebt war, nur für die nach Inkrafttreten des Vertrages vom 23. Februar 1882 erscheinenden Werke haben vereinbaren wollen. Demnach wird denn auch in der französischen Literatur der Vertrag vom 23. Februar 1882 zu denjenigen Literarkonventionen gezählt, welche in allen Beziehungen auch die vor ihrem Inkrafttreten publizirten Werke schützen (vergl. Vincent et Penaud, *Dictionnaire de droit international privé*, S. 761

Nr. 69). Geht somit aus dem Zusammenhange des Staatsvertrages von 1882 klar hervor, daß derselbe den Schutz des Art. 20 auch ältern Werken gewährt, so kann darauf nichts ankommen, ob, wie die angefochtene Entscheidung annimmt, hierin eine nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu präsumirende, Rückwirkung einer Rechtsvorschrift liege. Es mag daher in dieser Beziehung nur bemerkt werden, daß jedenfalls die gedachte Vorschrift nicht in wohlerworbene Privatrechte eingreift und daß dieselbe nicht sowohl einer, nach der Zeit ihres Vorkommens nicht rechtserzeugenden, Thatsache nachträglich rechtserzeugenden Charakter beilegt, als vielmehr einem in Frankreich schon früher anerkannten Privatrechte internationalen Rechtsschutz in weiterm Umfange gewährt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird dahin für begründet erklärt, daß die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache zu erneuter Beurtheilung auf Grund der bundesgerichtlichen Entscheidung an den Civilgerichtspräsidenten III des Kantons Baselstadt zurückgewiesen wird.

---

70. *Arrêt du 25 Septembre 1891, dans la cause Strauss.*

Par exploit du 6 Février 1891, dame Strauss-Halévy autorisée par son mari et agissant comme seule héritière de feu F. Halévy, en son vivant compositeur de musique, a assigné, devant le Tribunal civil du canton de Genève, les sieurs Ami Bosson, tant en son nom personnel qu'en sa qualité de directeur de la Société de musique *la Muse*, et Charles Collomb, en sa qualité de président de cette société, tous deux domiciliés à Genève, en paiement de 300 francs à titre de réparation du préjudice qu'ils lui ont causé en exécutant, sans son autorisation, le 19 Octobre 1890, publiquement, dans un concert à la Chaux-de-Fonds, canton de Neuchâtel, tout ou partie de l'opéra *la Juive* et de l'opéra-comique *l'Eclair*, œuvres d'Halévy, son père décédé.

A. Bosson et C. Collomb ont, devant le prédit Tribunal, excipé de l'irrecevabilité de l'instance en tant qu'ils sont actionnés comme directeur et président de la Société de musique *la Muse*, cette société n'ayant pas de personnalité civile, en outre le sieur Bosson a contesté avoir concouru à la représentation incriminée.

Statuant par jugement du 19 Mai 1891, le Tribunal civil a admis que Bosson n'a pas concouru à l'exécution publique des solis, base de la réclamation de dame Strauss, et tirés des opéras *la Juive* et *l'Eclair*, et estimé qu'en revanche C. Collomb a chanté, dans le concert en question, un air tiré de l'opéra *la Juive* et que cet acte l'obligerait envers dame Strauss aux termes de l'art. 717, al. 2, Code des Obligations. Au fond, le Tribunal a débouté dame Strauss des fins de sa demande, en se fondant, en substance, sur les motifs ci-après :

L'opéra *la Juive* a été publié en 1835, et son compositeur, Halévy, est décédé en 1862, soit 27 après la dite publication ; conformément à l'art. 2 de la convention franco-suisse du 23 Février 1882, son droit de propriété sur cet opéra n'aurait continué à subsister en faveur de dame Strauss, que pour trois années, jusqu'en 1865. Mais la convention du 9 Septembre 1886 concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques dispose, à son art. 2, que les auteurs ressortissants à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants droit, jouissent dans les autres pays, pour leurs œuvres, des droits que les lois respectives accordaient à sa date ou accorderont par la suite aux nationaux. Or d'après l'art. 2 de la Loi fédérale sur la propriété littéraire et artistique, du 23 Avril 1883, ce droit de propriété dure pendant la vie de l'auteur et pendant 30 années à partir du jour de son décès. Le droit exclusif de dame Strauss, relatif à l'opéra *la Juive* durera, par suite, jusqu'en 1892.

L'article additionnel de la convention de 1886 prescrit bien que cette convention n'affecte en rien le maintien des conventions actuellement existantes entre les pays contractants, mais c'est en tant qu'elles renferment d'autres stipula-

tions qui ne sont pas contraires. La stipulation de l'art. 21 de la convention de 1882, à teneur de laquelle le droit de propriété acquis en Suisse pour les compositions musicales dure, pour l'auteur, toute sa vie, et s'il meurt avant l'expiration de la 30me année à dater de la première publication, continue à subsister pour le reste du terme en faveur de ses successeurs, est contraire au prescrit de l'art. 2 de la convention de 1886, selon laquelle les ressortissants à l'un des pays de l'Union ou leurs ayants cause jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, des droits que les lois respectives accordent aux nationaux, la loi fédérale de 1883 édictant, art. 2, que le droit de propriété littéraire ou artistique dure pendant la vie de l'auteur et, pour ses ayants cause, pendant 30 années à partir du jour de son decès. Donc l'art. 21 de la convention de 1882 doit être tenu pour modifié ensuite de la convention de 1886.

La loi fédérale de 1883, applicable aux compositeurs de musique français, en Suisse, dit à l'art. 11 litt. *c*, N° 10 que l'exécution d'une œuvre musicale ou dramatico-musicale, organisée sans but de lucre, lors même qu'un droit serait perçu pour couvrir les frais, ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Or, dans l'espèce, il est évident que la Société *la Muse* n'a pas cherché à retirer un gain, ou lucre quelconque à son profit, au moyen du concert qu'elle a donné en Octobre 1890 à la Chaux-de-Fonds; ce concert a eu lieu dans le temple français, dont l'usage n'aurait pas été accordé à des marchands, et la modicité du prix d'entrée indique assez qu'il ne s'agissait que de couvrir les frais. C'est contre ce jugement que dame Strauss et son mari recourent au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise mettre à néant le dit jugement, dire que le traité franco-suisse de 1882 est en pleine vigueur, et adjuger en conséquence à la partie recourante ses conclusions introductives d'instances.

Les recourants estiment être au bénéfice des droits plus étendus édictés par l'art. 2 de la Loi fédérale de 1883, et également au bénéfice du traité franco-suisse de 1882; dame Halévy a le droit de demander l'application en sa faveur de

la législation française en matière de protection de la propriété artistique et littéraire, législation qui n'admet pas la privation du droit de l'auteur quand l'exécution publique de son œuvre a eu lieu sans but de lucre.

Dans leurs réponses, les sieurs Bosson et Collomb concluent au rejet du recours ; ce dernier présente, à l'appui de sa conclusion, entre autres les considérations suivantes : L'art. 21 de la convention de 1882 refuse à dame Strauss tout droit actuel en Suisse sur l'opéra *la Juive* ; les négociateurs de cette convention n'ont pas eu en vue la protection des œuvres dont les auteurs étaient décédés et qui avaient été, comme c'est le cas du prédit opéra, publiées depuis plus de 30 ans ; la dite convention n'assurant pas, ainsi, à dame Strauss, des droits plus étendus que ceux résultants de la convention de 1886, les premiers juges devaient retomber nécessairement dans l'application du principe de réciprocité de la convention de 1886, et, partant, dans l'application de la Loi fédérale de 1883 ; or cette loi forme un tout, et les tribunaux ne peuvent pas en appliquer l'art. 2 (droit de propriété plus étendu, quant à la durée, que celui indiqué dans la convention), sans faire en même temps l'application de l'art. 11, litt. *c* et 10 qui demande pour caractériser la violation du droit d'auteur, l'existence du but de lucre, qui ne se rencontre pas dans l'espèce.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'arrêt dont est recours part du point de vue que la stipulation de l'art. 21 de la convention de 1882, aux termes de laquelle le droit de propriété acquis en Suisse pour les compositions musicales dure pour l'auteur toute sa vie, et s'il meurt avant l'expiration de la 30me année à dater de la première publication, continuera à subsister pour le reste du terme en faveur de ses successeurs, est contraire à la disposition de l'art. 2 de la convention de 1886, selon laquelle les ressortissants à l'un des pays de l'Union ou leurs ayants cause jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, des droits que les lois respectives accordent aux nationaux, la loi fédérale de 1883 édictant, à son art. 2, que le droit de propriété

littéraire ou artistique dure pendant la vie de l'auteur et, pour ses ayants cause, pendant trente années à partir du jour de son décès. Le dit arrêt en conclut que l'art. 21 de la convention de 1882 précité doit être tenu pour modifié ensuite de la convention de 1886, et il repousse la demande des époux Strauss en se fondant uniquement sur la circonstance que l'art. 11, litt. *c*, N° 10 de la Loi fédérale de 1883, applicable aux compositeurs de musique français en Suisse, statue que l'exécution d'une œuvre musicale ou dramatico-musicale, organisée, comme celle dont il s'agit dans l'espèce, sans but de lucre, ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

Les recourants invoquent à la fois les droits plus étendus, au point de vue de la protection, prévus à l'art. 2 de la Loi fédérale susvisée, lequel reconnaît le droit de propriété littéraire ou artistique pendant la vie de l'auteur et pendant 30 années à partir du jour de son décès, et, en ce qui concerne l'étendue de la protection, le bénéfice de l'art. 20 du traité franco-suisse de 1882, stipulant en leur faveur l'application de la législation française sur la matière, laquelle n'admet pas la privation du droit d'auteur, même lorsque l'exécution publique de son œuvre aurait eu lieu sans but de lucre.

Les opposants au recours, enfin, estiment que le litige est régi, non point par la convention de 1882, qui n'assure pas aux auteurs ou à leurs ayants cause des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union internationale (voir convention du 9 Septembre 1886, article additionnel), mais par la Loi fédérale de 1883, applicable dans son entier, et par conséquent dans sa disposition de l'art. 11, précitée, exigeant, pour caractériser la violation du droit d'auteur, l'existence d'un but de lucre.

2° Ces différents systèmes sont également inadmissibles.

Dans son Arrêt du 13 Décembre 1890 en la cause société Mayer Kunz et Cie c. Charles Gounod, le Tribunal fédéral a expressément reconnu que l'entrée en vigueur de la convention de 1886 n'a porté aucune atteinte à l'art. 20 du traité

de 1882, lequel, conférant aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, continue à déployer ses effets aux termes de la réserve exprimée à l'alinéa 2 de l'article additionnel, rapproché de l'art. 15 de la convention de 1886 précitée. En effet, tandis que la Loi fédérale de 1883, — qui en l'absence de cet article additionnel trouverait son application, — soumet la protection qu'elle assure aux compositeurs de musique à de nombreuses restrictions, l'art. 20 les admet au bénéfice des dispositions de la loi française qui, elles, sont absolues et ne prévoient aucune exceptionquelconque.

3° Les prescriptions de l'art. 20 de la convention de 1882, relatives à l'étendue de la protection, demeurant ainsi en vigueur, il doit en être de même de celles de l'art 21 *ibidem*, réglant ce qui a trait à la durée de cette protection. En effet, les dispositions de ces deux articles constituent un tout inséparable; ils sont en intime corrélation, et les droits plus étendus prévus à l'art. 20 n'ont été évidemment introduits et sanctionnés que pour la période déterminée à l'art. 21. (Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Knosp-Fischer, du 17 Juillet 1891.)

4° Il suit de ce qui précède que la protection plus efficace au bénéfice de laquelle l'art. 20 mettait l'auteur, soit ses ayant cause, ne pouvait s'exercer, aux termes de l'art. 21, que pendant la vie de l'auteur lui-même, et, s'il était décédé avant l'expiration de la trentième année à dater de la publication de son œuvre, pour le reste de ce terme en faveur de ses dits successeurs.

Or, comme il est établi, d'une part, que l'opéra *la Juive* dont il peut seul être question dans le litige actuel, a été publié en 1835, et que son compositeur Halévy est décédé en 1862, le droit de propriété sur cet opéra s'est éteint, aux termes de l'art 21 de la convention de 1882, trois ans après ce décès, soit en 1865.

Même si l'on voulait admettre, conformément à une déclaration produite au dossier, que le dépôt du dit opéra n'ait été effectué, par la première fois, au ministre de l'intérieur

de France, que le 3 Octobre 1853, le droit de propriété revendiqué par les recourants n'en serait pas moins éteint à partir du 3 Octobre 1883.

Il en résulte que le droit invoqué par les ayants cause de feu Halévy était en tout cas prescrit, et que le Tribunal civil de Genève, en déboutant les époux Strauss des fins de leurs conclusions, n'a point commis de violation du traité franco-suisse du 23 Février 1882.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté.

II. Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Italien. — Traité avec l'Italie.

71. Urtheil vom 11. September 1891 in Sachen Malateſta.

A. Durch Urtheil des korrektionellen Gerichtes von Rom (4. Sektion) vom 1. Februar 1884 wurde Enrico Malateſta von Santa Maria Capua Vetere gemeinſam mit ſieben andern Angeklagten der Theilnahme an einer Verbrecherverbindung mit dem Zwecke, Vergehen gegen Perſonen und Eigenthum zu verüben, ſchuldig erklärt und zu drei Jahren Gefängniß verurtheilt. Dieſes Urtheil führt im Weſentlichen aus: Malateſta habe im Jahre 1881 mit dem (ebenfalls verurtheilten) Merlino an dem Sozialiſtenkongreſſe in London Theil genommen. Dort ſeien folgende Reſolutionen gefaßt worden: Sozialrevolution behufs Umſturzes des beſtehenden Regierungsſyſtems und Eroberung des Landes und des Kapitals. Zuſammenwirken aller Arbeiterklaſſen zur Errichtung des Reiches der Anarchie! Nothwendigkeit, die Maſſen hiefür vorzubereiten durch Gewöhnung an den Umſturz. Der

Kongreß sei vom Präsidenten (Crapotkin) mit der Aufforderung geschlossen worden, die Mitglieder sollten in ihre Länder zurückkehren und sich in ihren Ideen bestärken « facendo saltare qualche casa. » Malatesta und Merlino seien nach Italien zurückgekehrt; ersterer habe sich sodann zunächst nach Egypten begeben, um mit den Sozialisten des Orients Verbindungen anzuknüpfen. In Rom aber habe ein sozialistischer Cercle bestanden und dieser sei nun von Merlino reorganisirt worden, auch umgetauft auf den Namen „18. März" (zu Ehren der Pariserkommune). Statuten und Reglemente dieser neuen „Gesellschaft" seien bei den meisten der Angeklagten gefunden worden, ein Beweis, daß eine regelrechte Organisation (Generalausschuß, Subkomites, Gruppen mit Chefs ꝛc.) vorhanden gewesen sei. Aus diesen Statuten ergebe sich im Fernern, daß die um Aufnahme Nachsuchenden sich gänzlich der sozialen Revolution haben weihen müssen. Die Propaganda der That sei von diesem Vereine intensiv (durch Cirkulare u. s. w.) betrieben worden. Beim Herannahen des 18. März (1883) habe man beschlossen, diesen Tag mit einem principio di esecuzione zu feiern. In der Nacht des 17. seien an die Mauern Roms Proklamationen angeschlagen worden, deren Inhalt die Londoner Resolutionen wiedergegen habe; ebenso schwarze Fahnen aufgehißt mit der rothen Aufschrift: „Es lebe die Kommune!" Die Gesellschaft vom 18. März erscheine danach nicht mehr als ein politischer Verein, sondern als eine „Verbrecherverbindung," da dieselbe die Revolution mit nachfolgender Anarchie bezweckt habe. Davon, daß diese Vereinigung nicht mehr mit Propaganda in Worten sich begnügt sondern begonnen habe, zu Thaten überzugehen, zeugen die Proklamationen und die erwähnten Fahnen. Der Verein sei demgemäß nichts Anderes gewesen, als eine Verbindung gemeiner Verbrecher und zwar eine organisirte Verbindung. Schon durch diese Organisation seien die Mitglieder nach Art. 426 des (damals geltenden) italienischen Strafgesetzes schuldig. Der Appellhof zu Rom bestätigte durch Urtheil vom 30. Dezember 1884 grundsätzlich diese Entscheidung setzte aber die Strafe des Malatesta auf zwei Jahre Gefängniß und sechs Monate Polizeiaufsicht herunter. Ein Kassationsgesuch des Malatesta wurde im April 1885 verworfen.

B. Gestützt auf die erwähnten richterlichen Urtheile sowie einen Haftbefehl des königlichen Prokurators in Rom vom 4. Mai 1885 suchte die königlich-italienische Gesandtschaft in Bern mit Note vom 24. Juni 1891 beim schweizerischen Bundesrathe um Auslieferung des Enrico Malatesta nach, welcher nachdem er sich der Strafvollziehung in Italtien durch die Flucht entzogen hatte, am 11./12. Juni 1891 in Lugano wegen Uebertretung eines bundesräthlichen Ausweisungsbefehles zur Haft gebracht worden war. Das Auslieferungsbegehren stützt sich auf Art. 2 letzten Absatz des italienisch-schweizerischen Auslieferungsvertrages vom 22. Juli 1868, in welchem das Delikt der „Verbrecherverbindung" vorgesehen sei.

C. Namens des Enrico Malatesta hat Advokat Dr. Antonio Battaglini in Lugano mit Eingabe vom 18. Juli 1891 gegen die Auslieferung Einspruch erhoben. Er führt aus: Malatesta habe an den Manifestationen vom 17./18. März 1883 in Rom nicht Theil genommen und wegen Abwesenheit nicht Theil nehmen können. Ueberhaupt sei ihm irgend ein thätliches Eingreifen, eine Ausführungshandlung einer gesetzlich vorgesehenen Strafthat niemals auch nur vorgeworfen worden. Das einzige was ihm vorgeworfen werden könne, sei, daß er sozialistischen Grundsätzen huldige und am Londoner Kongreß von 1881 sich betheiligt habe, sowie daß in seiner Wohnung Korrespondenzen aufgefunden worden seien, welche auf eine Verbindung zwischen ihm und den übrigen Angeklagten hindeuten. Die Aufstellung der Verbrecherverbindung als besonderer Deliktsbegriff solle nur dazu dienen, die Verurtheilung von Sozialisten, welche wegen ihrer bloßen politischen Ueberzeugung nicht verurtheilt werden könnten, durchzusetzen. Die Auslieferung wegen Theilnahme an einer Verbrecherverbindung könne nun aber nur dann bewilligt werden, wenn sich die Verbrecherverbindung als Mittel zu Begehung eines im Vertrage als Auslieferungsdelikt bezeichneten Verbrechens qualifizire. Dies habe das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in dem durchaus identischen Falle Pistolesi vom 16. Mai 1879 (Entscheidung Amtliche Sammlung V, S. 226 u. ff.) ausgesprochen. Danach sei hier die Auslieferung zu verweigern, da sich aus den vorgelegten Urtheilen keine Handlung

des Malatesta ergebe, wegen deren die Auslieferung bewilligt werden müßte. In einer nachträglichen Eingabe vom 25. August 1891 hebt der Requirirte selbst den politischen Charakter der gegen ihn gerichteten Verfolgung hervor und sucht darum nach, es möchte, im Falle der Verweigerung der Auslieferung aber der Aufrechthaltung der gegen ihn verhängten Ausweisung, von einer polizeilichen Vollstreckung der letztern abgesehen und ihm Frist angesetzt werden, das Land zu verlassen.

D. Die königlich-italienische Gesandtschaft, welcher die Eingabe des Dr. Battaglini mitgetheilt wurde, hält an dem Auslieferungsbegehren fest; in einem von ihr übermittelten pro memoria der königlich-italienischen Regierung wird bemerkt: Es möge zugegeben werden, daß Art. 2 letztes Alinea des schweizerisch-italienischen Auslieferungsvertrages die Auslieferungspflicht nur wegen Theilnahme an solchen Verbrecherverbindungen statuire, welche die Begehung von Auslieferungsdelikten zum Zwecke haben. Dagegen sei schon die Theilnahme an einer solchen Verbrechereiverbindung für sich allein, als besonderes Delikt, ein Auslieferungsverbrechen und sei keineswegs gefordert, daß durch die Verbindung oder ihre Mitglieder eines der im Auslieferungsvertrage bezeichneten Delikte schon bgeangen oder versucht worden sei. Dies sei vollständig klar; andernfalls hätte ja die besondere Erwähnung der Verbrecherverbindung im Vertrag gar keinen Sinn, da in Fällen, in denen einer der in Art. 3 aufgezählten Deliktsthatbestände ganz oder theilweise erfüllt sei, die Auslieferung eben wegen des betreffenden Delikts oder Deliktsversuches und nicht wegen Verbrecherverbindung verlangt würde. Die Einwendung, daß Malatesta keines der im Auslieferungsvertrage aufgezählten Delikte begangen oder versucht habe, sei also bedeutungslos, sofern nur feststehe, daß er einer Verbrecherverbindung angehört habe, welche die Begehung solcher Delikte sich zum Zwecke setzte. Dies sei aber unzweifelhaft. Es ergebe sich aus dem Verbrechen, wegen dessen er verurtheilt worden sei und den unanfechtbaren Feststellungen des gegen ihn ergangenen Strafurtheils. Die Verurtheilung sei erfolgt wegen des in Art. 426 u. 429 des frühern italienischen Strafgesetzes vorgesehenen Vergehens, nämlich wegen Theilnahme an einer Verbindung, die zum Zwecke hatte, Vergehen gegen

Personen und Eigenthum zu verüben, also Diebstahl, Körperverletzung, Todtschlag, folglich Delikte, die in Art. 2 des Auslieferungsvertrages vorgesehen seien, zu begehen. Das Strafurtheil stelle fest, daß Malatesta in Rom einer Verbrecherverbindung angehört habe, welche unter dem Scheine der Behandlung politischer Fragen es grundsätzlich auf Vergehen gegen Personen und auf Aneignung fremden Eigenthums abgesehen hatte. Die vom Requirirten angerufene bundesgerichtliche Entscheidung in Sachen Pistolesi verweigere die Auslieferung deßhalb, weil die Vergehen nicht genau angegeben seien, welche die Verbindung, der Pistolesi angehörte, bezweckt habe. Im vorliegenden Falle, wo es sich nicht wie bei Pistolesi um einen Angeklagten sondern um einen Verurtheilten handle, treffe dies nicht zu; hier ergebe sich aus dem Strafurtheile aufs genaueste, die Begehung welcher Delikte die Verbrecherverbindung, der Malatesta angehörte, zum Zwecke gehabt habe.

E. Mit Zuschrift vom 24. August 1891 übermittelt der Bundesrath die Akten dem Bundesgerichte zur Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Art. 2 des schweizerisch-italienischen Auslieferungsvertrages vom 22. Juli 1868 fügt nach Aufzählung der Auslieferungsdelikte in seinem letzten Absatze bei: « Il est entendu que l'extradition sera aussi accordée pour l'association de malfaiteurs et pour toute sorte de complicité ou participation aux infractions susmentionnées. » Demnach besteht die Auslieferungspflicht nicht nur für jede Art von Theilnahme an einem der in Art. 2 Ziffer 1—12 aufgezählten Verbrechen, sondern auch für die bloße Angehörigkeit zu einer auf Begehung solcher Delikte gerichteten Verbindung, ohne Rücksicht darauf, ob diese Verbindung in Wirklichkeit zur Verübung oder zum Versuche von Verbrechen bereits geführt hat oder nicht. Diese Bestimmung erscheint als eine anomale; sie statuirt die Auslieferungspflicht für einen Thatbestand, welcher wohl nach italienischem Strafrecht (Art. 426 ff. des frühern, Art. 248 ff. des gegenwärtigen italienischen Strafgesetzbuches) als besonderes Delikt der „Verbrecherverbindung" unter Strafe gestellt ist, der aber nach den Grundsätzen der schweizerischen Strafrechte, welche dieses besondere Delikt

wohl durchgängig nicht kennen, als bloße Vorbereitungshandlung straflos bleibt; sie weicht also von dem regelmäßig befolgten Grundsatze ab, daß die Auslieferung nur für solche Handlungen vereinbart wird, welche nach dem Rechte beider Vertragsstaaten strafbar sind. Allein der Sinn des Vertrags ist ein durchaus unzweideutiger; die besondere Zusage der Auslieferung für „Verbrecherverbindungen" neben der Stipulation der Auslieferungspflicht für jede Art von Theilnahme oder Mitschuld an einem Auslieferungsverbrechen kann in der That keinen andern Sinn haben, als den, daß die Auslieferungspflicht für die „Verbrecherverbindung" als solche, als besonderes Delikt, bedungen wird, immerhin indeß, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Pistolesi (Amtliche Sammlung V, S. 226 ff.) betont hat, mit der Beschränkung auf Verbindungen, welche die Begehung von Auslieferungsdelikten, wie sie in Ziffer 1—12 des Art. 2 des Vertrages aufgezählt sind, zum Zwecke haben. Diese Auslegung wird denn auch durch die Botschaft des Bundesrathes zum Auslieferungsvertrage (Bundesblatt 1868 III S. 448) bekräftigt (vergleiche den Bericht der ständeräthlichen Kommission, ibidem S. 884).

2. Die Auslieferung kann also nicht deßhalb verweigert werden, weil dem Requirirten nicht die Begehung eines der in Art. 2 Ziffer 1—12 des Auslieferungsvertrages aufgezählten Delikte zur Last gelegt wird. Es ist im Fernern richtig, daß die gegen den Requirirten ergangenen Strafurtheile feststellen, dieser habe einer Verbrecherverbindung angehört, welche zum Zwecke gehabt habe, „Vergehen gegen Personen und Eigenthum" zu verüben und daß die letztere Bezeichnung Auslieferungsverbrechen, wie Todtschlag und Raub, in sich begreift. Allein ebenso unzweifelhaft ist, daß gemäß Art. 3 des Auslieferungsvertrages die Auslieferung auch wegen der in Art. 2 dieses Vertrages aufgezählten Thatbestände dann zu verweigern ist, wenn das Vergehen nicht als ein gemeines sondern als ein politisches erscheint. Art. 3 beschränkt in diesem Sinne den Art. 2; er schließt, wie überhaupt die sämmtlichen schweizerischen Auslieferungsverträge, die Auslieferung nicht nur für die absolut sondern auch für die relativ politischen Delikte, welche gleichzeitig den Thatbestand eines gemeinen Ver-

brechens erfüllen, aus. Dies kann gewiß nicht bezweifelt werden. Die Auslieferung wegen Vergehen, welche an sich unter die Bestimmungen des Art. 2 des Auslieferungsvertrages fallen, wie z. B. Todtschlag u. dergl., ist gemäß Art. 3 dann ausgeschlossen, wenn die That eine politische ist z. B. zum Zwecke der Durchführung einer Revolution begangen wurde. Die Frage, ob ein an sich unter Art. 2 des Auslieferungsvertrages fallender Thatbestand als politisches Delikt sich qualifizire und daher die Auslieferung zu verweigern sei, ist vom ersuchten Staate selbständig, auf Grund gewissenhafter Würdigung der sämmtlichen Umstände des Einzelfalles, zu prüfen und zu entscheiden; der Ausspruch der Gerichte oder sonstigen Behörden des ersuchenden Staates, daß es sich um ein gemeines Verbrechen handle, bindet den ersuchten Staat nicht und enthebt dessen Behörden nicht des Rechtes und der Pflicht eigener Prüfung des Sachverhaltes. Wird danach im vorliegenden Falle untersucht, ob es sich um ein politisches Delikt handle, so ist diese Frage zu bejahen. Die Verbindung, wegen deren Mitgliedschaft der Requirirte bestraft worden ist, bezweckt nach der Darstellung der ergangenen Strafurtheile den Umsturz der bestehenden staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung, um an deren Stelle ein anderes politisches und wirthschaftliches System, dasjenige der „Anarchie" zu setzen; deren ausgesprochener Zweck ist also zweifellos ein politischer. Da sie ihre Ziele, die Beseitigung der bestehenden politischen Gewalten und andere Vertheilung der wirthschaftlichen Güter, wie nach den vorliegenden Urtheilen angenommen werden muß, nicht etwa nur auf dem Wege friedlicher Propaganda sondern auf dem Wege der Gewalt zu erreichen strebt, so ist allerdings anzuerkenen, daß ihr Zweck die Begehung von Verbrechen gegen Personen und Eigenthum involvirt. Allein dafür, daß es dabei auf die Verübung gemeiner, mit einem auf politische Zwecke gerichteten Unternehmen gar nicht oder nur locker zusammenhängender Verbrechen, abgesehen sei, liegt nicht das mindeste vor. Die Propaganda der That, welche die Gesellschaft bis jetzt entwickelt hat, beschränkt sich auf Aufreizungen zum Aufruhr durch Verbreitung aufrührerischer Proklamationen und Aufhißen revolutionärer Fahnen; sie bewegt sich also durchaus in der Bahn politischer und nicht in derjenigen gemeiner

Delikte und es berechtigt nichts zu der Annahme, daß die Gesellschaft in That und Wahrheit ein Anderes bezwecke. Wenn es richtig wäre freilich, daß die Gesellschaft unter dem bloßen Scheine der Beschäftigung mit politischen Fragen, auf Aneignung fremden Eigenthums u. dergl. ausginge, so könnte von einem politischen Delikte nicht die Rede sein. Denn es ist klar, daß das bloße Vorschieben politischer oder sozialer Doktrinen den Kampf des Verbrecherthums gegen die Gesellschaft, wie er von Alters her durch Diebstahl, Raub u. dergl. geführt wird, nicht zu einem politischen zu stempeln vermag. Allein thatsächlich spricht nun nichts dafür, daß die Gesellschaft in Wirklichkeit nicht eine politische Verbindung sondern eine Diebs- oder Räuberbande sei. Sie erscheint vielmehr nach allem, was gegenwärtig vorliegt, durchaus als eine revolutionäre politische Verbindung; da sie den gewaltsamen Umsturz der bestehenden gesetzlichen Ordnung vorzubereiten und durchzuführen bezweckt, so sind ihre Zwecke allerdings rechtswidrige; allein die Verbrechen, deren Begehung sie bezweckt, sind nicht gemeine, sondern politische. Es ist demgemäß die Auslieferung gemäß Art. 3 des Staatsvertrages zu verweigern.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Enrico Malatesta an das Königreich Italien wird nicht bewilligt.

---

72. Urtheil vom 11. September 1891 in Sachen Massa.

A. Durch obergerichtlich bestätigtes Urtheil des korrektionellen Gerichtes von Novi Ligure vom 21. Juli 1887 wurde Ambrogio Massa, des Lorenzo von San Remigio di Parodi Ligure, wegen mehrerer Betrugsvergehen zu $7^1/_2$ Jahren Gefängniß verurtheilt. Gestützt auf dieses Urtheil und einen Haftbefehl der Staatsanwaltschaft von Novi Ligure vom 23. Juli 1889 suchte die königliche italienische Gesandtschaft in Bern beim schweizerischen Bundes-

rathe um Auslieferung des (in Locarno vorläufig verhafteten) Massa wegen Betrugs und Mißbrauchs eines Wechselblanketts für den Betrag von 1000 Fr. übersteigende Summen nach. Massa hat durch Eingabe vom 8. August 1891 die Anwendbarkeit des schweizerisch-italienischen Auslieferungsvertrages bestritten, weil 1. bei keinem der ihm zur Last gelegten Betrugsdelikte, für sich allein genommen, der in Art. 2 Ziffer 12 des Staatsvertrages vorgesehene Schadensbetrag von 1000 Fr. erreicht sei; 2. mehrere der ihm zur Last gelegten Delikte nicht über das Stadium der Versuchshandlungen hinausgediehen seien und somit die Auslieferung nicht begründen können. Er beantragt in erster Linie, das von der italienischen Regierung gestellte Auslieferungsbegehren sei abzuweisen, eventuell, wenn das Bundesgericht finden sollte, die Voraussetzungen des Staatsvertrages seien für einige der in Betracht kommenden Delikte gegeben, die Auslieferung sei nur für diese Delikte zu bewilligen.

B. Mit Zuschrift vom 13. August 1891 übermittelt der Bundesrath die Akten dem Bundesgerichte zur Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 2 Ziffer 12 des schweizerisch-italienischen Staatsvertrages ist allerdings für das Verbrechen des Betruges die Auslieferung nur dann zu gewähren, wenn der eingetretene oder beabsichtigte Schaden den Betrag von 1000 Fr. übersteigt. Allein dadurch wird, wie das Bundesgericht in seinem Entscheide in Sachen Ressia vom 17. Januar 1891 (Amtliche Sammlung XVII S. 72 u. ff.) ausgeführt hat, nicht gefordert, daß dieser Schadensbetrag durch ein einzelnes Betrugsdelikt erreicht sein müsse, sondern es genügt, wenn überhaupt durch Betrug, sei es durch ein einzelnes Delikt, sei es durch mehrere zusammentreffende Delikte, ein Schaden von über 1000 Fr. gestiftet oder beabsichtigt ist. Danach erscheint denn die erste der vom Requirirten gegen seine Auslieferung erhobenen Einwendungen als unbegründet. Denn bei Zusammenrechnung der Schadensbeträge der mehreren dem Requirirten zur Last gelegten Delikte ist der Betrag von über 1000 Fr. unzweifelhaft gegeben.

2. Ebenso ist die weitere, vom Requirirten erhobene Einwendung, daß bei einzelnen der ihm zur Last gelegten Delikte es sich nicht um

vollendetes Delikt sondern um bloßen Versuch handle, nicht geeignet, die Verweigerung der Auslieferung zu begründen. Denn wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat (siehe unter andern Entscheidung in Sachen Montanari vom 11. März 1882, Amtliche Sammlung VIII, S. 83 u. ff.), umfaßt die Bezeichnung eines Delikts, speziell im Sinne des schweizerisch-italienischen Staatsvertrages, nicht nur das vollendete, sondern auch das versuchte Verbrechen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Ambrogio Massa an das Königreich Italien wegen Betrugs wird bewilligt.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

73. *Sentenza del 4 settembre 1891 nella causa Simen e consorti contro von Mentlen e consorti.*

Con sentenza del Tribunale distrettuale di Locarno del 28 luglio 1890 i convenuti, editori e stampatori del giornale *Il Dovere*, a causa di un telegramma comparso in questo giornale l'11 febbraio 1887, furono condannati in solido a pagare un indennità di 3000 franchi ai querelanti.

I convenuti si appellarono al Tribunale d'appello del cantone Ticino. Mentre la causa pendeva dinanzi a questo tribunale, le parti si accordarono, secondo una loro dichiarazione del 30 maggio 1891, per portare la causa direttamente dinanzi al Tribunale federale, riservandosi tuttavia di discuterla dinanzi al Tribunale d'appello cantonale, nel caso che il Tribunale federale dichiarasse, per qualsiasi ragione, di non voler entrare in materia. Esse presentarono questa dichiarazione al presidente del Tribunale cantonale d'appello, dopo di che quest'ultimo, con lettera del 4 luglio 1891, trasmise gli atti al Tribunale federale;

Il Tribunale federale prende in considerazione:

1° In primo luogo è necessario esaminare d'officio l'ammissibilità del ricorso inoltrato.

2° Questa ammissibilità deve senz'altro essere negata. É ben vero che le decisioni di merito dei tribunali cantonali di prima istanza possono, essendo d'accordo le parti, esser portate direttamente dinanzi al Tribunale federale, a norma dell'articolo 29, alinea 5, della legge federale sulla organizzazione giudiziaria. Ma anche in questo caso è necessario che siano osservate le forme e i termini prescritti dall'art. 30, alinea 1, della medesima legge ; bisogna, cioè, che il ricorso sia inoltrato entro 20 giorni, contando dalla comunicazione della sentenza contro cui intendesi ricorrere, al Tribunale cantonale dal quale emanò il giudizio. Ciò non è avvenuto nel caso concreto, poichè nè si è ricorso contro la sentenza contestata del Tribunale distrettuale di Locarno al Tribunale federale nel termine di 20 giorni, contando dalla comunicazione della sentenza, nè venne fatta presso il Tribunale dal quale emanò il giudizio la dichiarazione voluta dalla legge. Il ricorso alla Corte d'appello non muta niente alla cosa, attesochè non soddisfa alle condizioni previste dalla legge federale per il ricorso al Tribunale federale.

Per questi motivi,

il Tribunale federale

pronuncia :

Di non entrare in materia sul ricorso.

II. Fabrik- und Handelsmarken.
Marques de fabrique.

74. *Arrêt du 18 Juillet 1891, dans la cause Baehni et Cie contre Huguenin.*

Par jugement du 11 Avril 1891 communiqué aux parties les 25/27 Mai suivant, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a prononcé ce qui suit :

1° Les conclusions de la demande sont mal fondées, celles de la réponse et demande reconventionnelle bien fondées.

2° Baehni et Cie sont condamnés à payer à veuve de J. Huguenin, à titre de dommages-intérêts, une somme de cinquante francs.

3° Les frais et dépens du procès sont mis à la charge de Baehni et Cie.

Sous date des 29/30 Mai 1891, Baehni et Cie ont déclaré recourir contre le jugement prémentionné, concluant à sa réforme dans le sens des conclusions de leur demande.

La maison veuve de J. Huguenin a conclu, de son côté, au maintien du jugement attaqué, sans insister sur le chiffre des dommages-intérêts à lui allouer.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Les demandeurs « Baehni et Cie » précédemment « Baehni, frères, » ont à Bienne une fabrique de spiraux.

Antérieurement au mois de Septembre 1890, ils ont eu deux marques de fabrique ; l'une, consistant en une jarretière portant en exergue les mots « spiraux trempés » et au centre les mots « Baehni, frères, Bienne Suisse ; » cette marque a été déposée le 16 Mars 1882 ; l'autre, déposée le 30 Juillet 1888, consistant en un spiral avec, au-dessus, les mots « spiral incomparable, ne se rouillant pas » et au-dessous ceux de « antimagnétique Baehni, » le tout renfermé dans une ligne d'encadrement de forme carrée.

Jusqu'à la même époque, — Septembre 1890, — les cartes, de couleur verte, destinées à recevoir les spiraux Baehni et à leur servir d'emballage n'ont porté qu'une suscription composée uniquement de mots et de lettres dans une ligne d'encadrement; elles n'avaient fait l'objet d'aucun enregistrement et n'étaient pas revêtues des marques de fabrique de Baehni et Cie. Ces cartes pliées, c'est-à-dire renfermant les spiraux, ont extérieurement l'aspect d'un petit carré de papier vert de 3 centimètres de côté, portant sur une première ligne, l'indication « Dz. Spiraux, » et, plus bas, sur deux lignes, « Gr. » et « Fce. »

Le 13 Septembre 1890, *La feuille officielle suisse du commerce* a publié le dépôt et l'enregistrement faits les 4 et 6 dit au bureau fédéral des marques de fabrique par Baehni et Cie d'un exemplaire, en papier vert, de leur carte d'emballage, accompagné d'une marque de fabrique consistant en une jarretière portant en exergue le mot « spiraux » et au centre les mots « marque déposée. » Cette carte pliée présente exactement l'aspect de l'emballage qui vient d'être décrit, en ce sens que sur le *recto* se trouve dans une ligne d'encadrement, l'indication du contenu, de la grandeur et de la force des spiraux, en revanche, sur le *verso* de la carte, on voit figurer la marque de fabrique, soit la jarretière, avec les mots « spiraux » en exergue, et « marque déposée » au centre. Les indications portées au recto et la marque qui figure au verso ne sont pas reliées entre elles, et ne peuvent être vues simultanément, la carte étant pliée.

Le 14 Septembre 1890, l'*Impartial*, feuille d'annonces paraissant à la Chaux-de-Fonds, a publié l'avis suivant :

« SPIRAUX, CARTES VERTES »
» même pesage et calibre. Dépôt exclusif au magasin d'ou-
» tils et fournitures d'horlogerie, W. Hummel, fils. »

Rendus attentifs à cet avis, Baehni et Cie, dont le dépôt exclusif pour la Chaux-de-Fonds se trouve chez Sandoz fils, rue Neuve, N° 2, firent acheter au magasin Hummel, fils, une douzaine de spiraux carte verte et constatèrent que non seulement la marchandise elle-même était en tous points sembla-

ble à celle sortant de leur fabrique, mais encore que cette marchandise était mise en vente dans les cartes de même grandeur, de même couleur verte et portant dans un encadrement les mêmes indications de nombre, force et grandeur que celles de leur maison.

Ils demandèrent alors et obtinrent du président du tribunal de la Chaux-de-Fonds une ordonnance de mesures provisionnelles, qui fut exécutée le 26 Septembre 1890 et amena la saisie chez Hummel de 1279 cartes vertes contenant des spiraux. Ensuite d'une opposition formée par W. Hummel, cette ordonnance fut modifiée le 8 Octobre 1890 en ce sens que sur les 1279 cartes saisies, 12 seulement furent conservées et déposées en mains d'un gardien judiciaire, avec les spiraux qu'elles contenaient. Pour le surplus la saisie fut levée et la marchandise restituée à Hummel, mais sans l'emballage, à l'égard duquel la saisie fut aussi maintenue.

Le 2 Octobre, Hummel répondant à une demande écrite de Baehni et Cie, leur annonçait que les 1297 cartes de spiraux saisies chez lui provenaient de la fabrique de veuve de J. Huguenin, et dès le lendemain, 3 Octobre, Baehni et Cie prenaient devant le Tribunal de la Chaux-de-Fonds des conclusions tendant à ce qu'il lui plaise :

A. Condamner la maison veuve de J. Huguenin à reconnaître :

1° Qu'en emballant les produits de sa fabrication dans des cartes pareilles à celles de la maison Baehni et Cie, elle a usurpé et contrefait, avec intention dolosive, la marque des demandeurs enregistrée et publiée suivant la loi ;

2° Qu'en vendant, mettant en vente et en circulation ses produits revêtus de la marque des demandeurs, elle a porté atteinte à la propriété de ces derniers ;

3° Qu'elle doit payer à Baehni et Cie, à titre d'indemnité pour la réparation du préjudice causé jusqu'à ce jour par les faits de contrefaçon et de concurrence déloyale exposés dans la demande, la somme de cinq mille francs ou ce que justice connaîtra, avec les intérêts au taux de 5 % l'an dès le jour de la formation de la demande ;

B. Interdire à la maison veuve de J. Huguenin de faire usage à l'avenir pour emballer ses produits de cartes vertes, pareilles à celles saisies chez W. Hummel, et de vendre ou faire vendre, par elle-même ou par autrui, les produits de sa fabrication emballés dans les dites cartes, cela sous les peines prévues par la loi et sous réserve de tous dommages-intérêts ultérieurs ;

C. Prononcer la destruction de toutes les cartes vertes destinées à la contrefaçon de l'emballage de Baehni et Cie, et qui se trouveront au domicile de la maison Huguenin ;

D. Ordonner que le jugement sera publié en tout ou en partie aux frais de la maison défenderesse dans tels journaux que déterminera le Tribunal ;

E. Condamner la maison veuve de J. Huguenin à tous les frais et dépens du procès et des mesures conservatoires.

Dans sa réponse, veuve de J. Huguenin a conclu à ce qu'il plaise au même Tribunal :

I. Principalement, débouter les demandeurs de toutes leurs conclusions.

II. Reconventionnellement : condamner Baehni et Cie à payer à la maison défenderesse la somme de cinq cents francs ou ce que justice connaîtra, à titre de dommages-intérêts.

III. En tout état de cause condamner Baehni et Cie aux frais et dépens du procès.

Dès le 15 Octobre 1890 Baehni et Cie avaient fait publier dans la *Sentinelle* et dans l'*Impartial* un avis ainsi conçu :

« Spiraux Baehni et Cie, Bienne.

» Les véritables spiraux, cartes vertes, connus depuis 25 » ans, ne sont en vente à la Chaux-de-Fonds que chez » M. Sandoz fils, rue Neuve, N° 2....

» Tout ce qui se vend ailleurs sous le nom de cartes vertes » n'est qu'une mauvaise imitation. »

Dans leur demande Baehni et Cie cherchent à établir que les actes de la maison Huguenin, et en particulier l'avis inséré dans l'*Impartial*, causent aux demandeurs un dommage ; qu'ils constituent certainement et tout à la fois des actes de

contrefaçon, imitation et usurpation de la marque d'autrui tombant sous l'application des art. 18 à 22 de la Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique, et des actes de concurrence déloyale entraînant l'application des art. 50 à 55 C. O.

La défenderesse conteste toutes ces allégations ; selon elle, l'indication du contenu des cartes Baehni et Cie ne peut être envisagée, pas plus que l'emballage lui-même ou sa couleur, comme une marque ayant droit à la protection ; elle affirme que depuis 40 ans que sa fabrique existe à la Chaux-de-Fonds, elle a toujours employé pour emballer ses spiraux du papier de différentes couleurs, et notamment du papier vert. Elle n'a jamais cherché à rendre son emballage analogue à celui de Baehni et Cie, et elle n'a jamais usurpé, ni contrefait la jarretière qui figure au verso des cartes vertes des demandeurs, et qui seule constitue la marque de fabrique de cette maison. Hummel n'a d'ailleurs jamais caché à ses acheteurs la provenance de ses spiraux et n'a jamais cherché à les vendre pour des spiraux Baehni. La publication faite par Baehni et Cie et affirmant que les produits de leurs concurrents ne sont qu'une mauvaise imitation, constitue, enfin, un acte de concurrence déloyale et autorise veuve Huguenin à conclure reconventionnellement à des dommages-intérêts.

Le Tribunal cantonal a constaté entre autres, après instructions, les faits ci-après :

Tous les fabricants de spiraux emploient en général le même système d'emballage, soit un papier de forme carrée et de différentes couleurs suivant la qualité de la marchandise. La maison demanderesse elle-même ne se sert pas exclusivement de la couleur verte, bien que la carte verte de Baehni et Cie ait acquis une certaine notoriété, et atteigne une vente de 2000 francs par mois au moins. La maison défenderesse existe à la Chaux-de-Fonds depuis 1852 ; dès cette époque elle a emballé aussi ses produits dans des papiers de différentes couleurs, et dans du papier vert en particulier. En 1888 la dite maison a acheté la fabrique de spiraux mous de Georges Sandoz avec les marques, étiquettes,

emballages; parmi ceux-ci se trouvaient des cartes vertes, et Georges Sandoz avait lui-même acheté la fabrique de spiraux Paquet, plus tard Rivène, à Genève, laquelle avait employé la carte verte depuis plus de soixante ans.

C'est à la fin de Juillet 1890 que la maison Huguenin à concédé à W. Hummel la vente exclusive des spiraux carte verte pour la Chaux-de-Fonds, en recommandant expressément à celui-ci d'indiquer aux acheteurs la provenance de la marchandise. Une expertise a établi que les spiraux des deux maisons concurrentes pouvaient être placés, en ce qui concerne la qualité, sur un pied de parfaite égalité.

Par jugement du 11 Avril 1891, dont est recours, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a prononcé comme il est dit plus haut, en s'appuyant sur les motifs dont suit la substance:

Les demandeurs ne se plaignent que d'actes de contrefaçon ou d'usurpation relatifs à l'emballage en cartes vertes, et non aux marques de fabrique déposées par eux en 1882 et 1888. C'est cet emballage dans son ensemble, sa forme, sa couleur, son impression, qu'ils appellent leur marque de fabrique et dont ils revendiquent l'usage exclusif. Cette prétention est inadmissible en regard des art. 2 et 4, al. 2 de la Loi fédérale, les éléments réunis sur la carte verte ne constituant à aucun point de vue une marque de fabrique; il y a lieu de reconnaître en revanche comme marque de fabrique la jarretière décrite ci-dessus, enregistrée, puis publiée le 13 Septembre 1890, et figurant au *verso* de l'emballage; or cette jarretière, avec les indications qui l'accompagnent, n'a jamais été contrefaite ni imitée par veuve Huguenin. La prétention de Baehni et Cie, d'interdire à veuve Huguenin l'usage d'un emballage identique ou similaire à celui qu'ils emploient, n'est pas justifiée par la loi.

La maison veuve Huguenin n'a jamais emballé et vendu des spiraux de sa fabrication dans des cartes vertes provenant de la maison Baehni et Cie. A supposer, ce qui n'est pas, que la carte verte comme telle soit susceptible de protection, la présomption de priorité résultant pour Baehni et Cie de l'en-

registrement de cette carte devrait être envisagée comme détruite par la preuve administrée d'un usage plus ancien, et par conséquent d'un meilleur droit en faveur de la maison défenderesse, laquelle se borne d'ailleurs à soutenir que ce mode d'emballage est dans le domaine public.

La conclusion en dommages-intérêts des demandeurs n'est pas davantage fondée en regard de l'art. 50 C. O. On ne voit pas que la concurrence de la maison veuve Huguenin se soit produite sous une forme déloyale et illicite. Elle a le droit de fabriquer des spiraux de différentes qualités, et de les emballer dans des cartes vertes qu'elle avait employées avant les demandeurs ; elle n'a en outre, jamais cherché à faire passer des spiraux de sa fabrication pour des spiraux Baehni.

Il est vrai que Hummel, dans sa publication du 14 Septembre 1890 dans l'*Impartial*, a indiqué à tort son dépôt comme un dépôt « exclusif » de spiraux cartes vertes, tandis qu'il aurait dû ajouter que ces spiraux provenaient de la maison Huguenin. Cet acte eût pu justifier contre lui l'application de l'art. 50, C. O., mais cet acte de concurrence déloyale est personnel à Hummel, et ses conséquences ne peuvent être mises à la charge de la maison veuve Huguenin.

La demande reconventionnelle en dommages-intérêts de veuve Huguenin est fondée. Le séquestre obtenu par Baehni et Cie ne se justifiait nullement, et a causé un préjudice à la maison défenderesse ; en outre, la publication faite par Baehni et Cie dans la *Sentinelle* et dans l'*Impartial*, annonçant que les produits de la maison veuve Huguenin ne sont qu'une mauvaise imitation, ne se justifie à aucun égard, et apparaît comme un acte illicite de nature à porter atteinte à la réputation de cette maison concurrente.

En droit :

2° L'art. 2 de la Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, du 19 Décembre 1879, ne considère comme marque de fabrique ou de commerce ayant droit à être protégées que les raisons de commerce, ainsi que les signes placés à côté ou en remplacement de celles-ci, qui

figurent sur les produits ou marchandises, industriels ou agricoles, ou sur leur emballage ou enveloppe, afin de les distinguer et d'en constater la provenance. En outre, les signes placés à côté ou en remplacement des raisons de commerce ne peuvent être protégés s'ils se composent exclusivement de chiffres, de lettres ou de mots (*ibidem* art. 4). Une simple étiquette comme telle, ne consistant qu'en une indication ou inscription apposée sur la marchandise ou sur son emballage, et destinée, par exemple, à en révéler la quantité, le poids, etc., n'est point susceptible d'être protégée par la loi précitée, à moins qu'elle ne puisse être considérée comme constituant, avec la marque de fabrique elle-même, un tout indivisible et pouvant être embrassé d'un seul coup d'œil.

3° Or, il est évident que, dans l'espèce, ni les dimensions ni la forme, ni la couleur de l'emballage dit « carte verte » ni les indications que cette enveloppe porte au recto, ne peuvent être considérées comme constituant, soit la raison de commerce des demandeurs, soit le signe figuratif formant une marque de fabrique dans le sens de la loi.

Ces indications, contenues dans un simple encadrement noir, ont trait, en effet, exclusivement au nombre de spiraux contenus dans la carte, à leur poids et à leur force ; elles ne portent aucun des caractères constitutifs d'une marque de fabrique, et ne peuvent à aucun titre être envisagées comme formant un ensemble avec la marque des demandeurs, ou une partie intégrante de celle-ci. Cette marque consiste, en effet, uniquement dans la petite jarretière de forme circulaire, imprimée au *verso* de la carte fermée, et accompagnée, en exergue, des mots « spiraux, » et au centre de « marque déposée ; » les indications du recto constituent si peu un tout, ou une image d'ensemble avec cette marque, que ces deux éléments ne peuvent tomber simultanément sous le regard, mais seulement successivement, et en retournant l'enveloppe sur laquelle ils se trouvent imprimés.

4° La marque de fabrique des demandeurs, consistant en la jarretière plus haut décrite, n'a jamais été contrefaite ou imitée par la maison défenderesse, et Baehni et Cie ne l'ont,

d'ailleurs, jamais allégué. Il s'ensuit que, conformément à la jurisprudence du Tribunal de céans en cette matière, les conclusions de la demande doivent être repoussées en tant que fondées sur les dispositions de la Loi fédérale de 1879 susvisée (voir entre autres arrêt du Tribunal fédéral du 3 Octobre 1884 en la cause Burrus c. Trueb, *Rec. off.*, X, pages 547, s. s.).

5° Les conclusions de la demande ne peuvent être davantage accueillies au regard des dispositions des art. 50 et suivants C. O. Aucun acte illicite n'a été constaté à la charge de la maison défenderesse. Ainsi qu'il a été dit, l'usage, par cette maison, de la carte verte et des indications qu'elle porte n'est point prohibé par la loi, et il apparaît comme d'autant plus légitime dans l'espèce qu'il a été établi par l'instance cantonale, — constatation liant le Tribunal de céans aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, — que soit la maison veuve Huguenin, soit celles dont elle est le successeur autorisé, ont employé ce mode d'emballage, dans du papier de couleur verte, bien antérieurement aux demandeurs.

6° Il est vrai, et le Tribunal cantonal a reconnu à juste titre que la publication dans l'*Impartial*, du 14 Septembre 1890, indiquant le dépôt de Hummel, d'une manière générale, et contrairement à la réalité des faits, comme le dépôt « exclusif » des spiraux cartes vertes, sans distinction, constitue un acte illicite de nature à porter préjudice aux intérêts des demandeurs, et qui eût pu, le cas échéant, tomber sous le coup des art. 50 et suivants C. O. Cet acte, toutefois, qui peut être caractérisé de concurrence déloyale, est, ainsi que le jugement le constate, entièrement le fait de Hummel, lequel n'est point actuellement en cause ; ses conséquences peuvent d'autant moins être imputées à la maison défenderesse, qu'il est établi au procès que dame veuve Huguenin, en constituant W. Hummel son unique dépositaire pour la Chaux-de-Fonds, lui avait expressément recommandé, en vue d'éviter toute erreur ou malentendu, d'indiquer aux acheteurs la provenance de la marchandise, et de leur dire qu'elle sor-

tait de la prédite maison. Il va sans dire qu'il demeure loisible aux demandeurs, s'ils le jugent convenable, d'ouvrir action au sieur Hummel de ce chef.

7° Si le recours doit être, ensuite de ce qui précède, repoussé comme dénué de fondement, il y a lieu de maintenir également le jugement cantonal en ce qui a trait à la demande reconventionnelle formée par la veuve J. Huguenin.

Il résulte, en effet, des faits et motifs ci-dessus que le séquestre imposé par Baehni et Cie sur les spiraux de la maison défenderesse ne se justifiait à aucun point de vue, mais que, comme la sentence du Tribunal le constate, ce procédé a causé à la défenderesse un préjudice certain. De même la publication insérée par les demandeurs dans deux journaux de la Chaux-de-Fonds, dénonçant les produits de leur partie adverse comme une « mauvaise imitation » constituait un acte illicite et dommageable à la maison veuve Huguenin, puisque cette assertion était doublement contraire à la vérité, les faits admis par l'instance cantonale établissant, au contraire, que cette marchandise n'est point une imitation, et qu'elle n'est aucunement inférieure en qualité à celle similaire fabriquée par Baehni et Cie.

En ce qui concerne la quotité des dommages-intérêts à allouer à la maison veuve Huguenin de ce chef, le Tribunal de céans ne se trouve en possession d'aucun élément de nature à modifier, à cet égard, l'appréciation du Tribunal cantonal, mieux placé pour supputer l'étendue du dommage causé par les agissements des demandeurs, ainsi que le montant de la réparation pécuniaire à laquelle ils doivent être astreints de ce chef.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, le 11 Avril 1891, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

III. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

75. Urtheil vom 3. Juli 1891 in Sachen Palatini gegen Horandt.

Der Kläger Fritz Horandt-Müller, derzeit in Nord-Amerika, hatte im Jahre 1886 dem Beklagten die Ausführung der Maurerarbeiten zu dem vom Kläger übernommenen Bau der Band- und Seidenfabrik St. Ludwig übertragen. Dabei war vereinbart worden, Beklagter habe für sein aus diesen Arbeiten sich ergebendes Guthaben Aktien der Fabrik zum Nennwerth an Zahlungsstatt anzunehmen.

Ueber die Höhe der Forderung des Beklagten sowohl als über die Verpflichtung desselben zur Annahme von Aktien entstand Streit, da Beklagter sich wiederholt weigerte, Aktien anzunehmen. Ueber die erste Frage entschied ein von den Parteien gewähltes Schiedsgericht, über die letztere fällte das Civilgericht von Basel am 14. Februar 1890 folgenden Entscheid:

„Die Klage ist abgewiesen. Palatini als Kläger und Widerbeklagter ist zur Zahlung von 5369 Fr. 08 Cts. sammt Zins zu 5 % vom 1. Juni 1887 an verurtheilt.

„Die Forderung des Palatini, Klägers, wird festgesetzt auf 11,143 Fr. 28 Cts. sammt Zins zu 5 % vom 1. Juni 1887 an. Für diesen Betrag ist er gehalten, Aktien der Band- und Seidenfabrik St. Ludwig zum Nennwerth an Zahlung zu nehmen. Kläger trägt sämmtliche Kosten des Prozesses."

Sowohl das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt als das Bundesgericht bestätigten das Urtheil, letzteres in seiner Entscheidung vom 30. Mai 1890, mit dem Zusatz, daß, insoweit die Forderung des Klägers den Betrag von 11,000 Fr. übersteigt, d. h. für die Summe von 143 Fr. 28 Cts., Ausgleichung in baar respektive durch Verrechnung auf die dem Kläger geleisteten Vorschüsse Platz zu greifen habe.

Inzwischen war die Band- und Seidenfabrik St. Ludwig liqui-

dirt und den Aktionären das Ergebniß von 111 Fr. 64 Cts. per Aktie mitgetheilt worden.

Auf Grund dieses Resultates übermittelte der Kläger dem Beklagten mit Schreiben vom 11. Juli 1890 eine Abrechnung unter Reduktion von je 500 Fr. der Forderung Palatini auf den Betrag von 111 Fr. 64 Cts. Am 12. September 1890 hob er Betreibung für die Summe von 3183 Fr. 30 Cts. an. Beklagter schlug Recht dar mit der Einrede, er verlange für seine Forderung Herausgabe von Aktien in natura, die Anrechnung derselben sei nach dem Wortlaut des bundesgerichtlichen Urtheils nur für 11,000 Fr. zulässig, nicht aber für den Mehrbetrag an Kapital und Zinsen.

Demzufolge reichte Kläger beim Bundesgerichte ein Erläuterungsbegehren ein, welches dahin beschieden wurde, daß auch die Begleichung der Zinsen durch Hingabe von Aktien zum Nominalwerthe und nur insoweit durch Baarzahlung zu geschehen habe, als sich ein nicht auf diese Weise tilgbarer Ueberschuß unter 500 Fr. ergeben werde. Am 10. März 1891 erhob nun Kläger neuerdings Klage auf Bezahlung von 3202 Fr. 30 Cts. nebst Zins à 5% seit 21. Juni 1890. Er stellt dabei für beide Forderungen auf den 21. Juni 1890 ab und rechnet daher wie folgt:

I. Forderung Horandts laut Urtheil . .	Fr.	5,369 08	
Jahreszins à 5% per 1. Juni 1888—90	„	805 35	
Zins bis 21. Juni 1890	„	15 45	
Außerordentliche Kosten zweiter Instanz	„	150 25	
		Total,	Fr. 6340 13
II. Forderung Palatinis laut Urtheil . .	Fr.	11,143 28	
3 Jahreszinse à 5% per 1. Juni 1888-90	„	1,671 50	
Zins bis 21. Juni 1890	„	32 05	
Total	Fr.	12,846 83	
Davon sind 11,000 Fr. vom Kapital und 1500 Fr. von den Zinsen, zusammen 12,800 Fr., in Aktien der Band- und Seidenfabrik St. Ludwig zu bezahlen. Die Aktie zu 111 Fr. 64 Cts. berechnet, hat demnach Palatini für 25 Aktien in baar zu beanspruchen statt 12,500 Fr. . .	Fr.	2,791 —	
zuzüglich den nicht durch 500 theilbaren Rest von	„	346 83	
		Total,	Fr. 3137 83
Saldo zu Gunsten Horandts			Fr. 3202 30

Der Beklagte beantragt, den Kläger mit seiner Klage abzuweisen und zur Zahlung von 6529 Fr. 70 Cts. nebst Zins à 5 % vom 21. Juni 1890 sowie sämmtlichen Kosten zu verurtheilen. Beklagter, ohne die Rechnung des Klägers — bis auf einen unbedeutenden Punkt — zu beanstanden, behauptet, berechtigt zu sein, Zahlung zu verlangen in Aktien oder in baar; da Kläger die erstere Zahlungsart nicht möglich, indem er zur Zeit der Liquidation der Gesellschaft seine sämmtlichen Aktien an das Haus Von der Mühll-Merian verkauft habe, stellt Beklagter, der Aufstellung in der Klage konform, seine Forderung auf . Fr. 12,846 83
Hiezu rechnet er die Kosten des Rechtsvorschlages mit . . . . . „ 23 —

Fr. 12,869 83
abzüglich Forderung des Klägers . . . . „ 6,430 13
Rest zu Gunsten des Beklagten . . . . Fr. 6,529 70

welchen Betrag er als Widerkläger geltend macht.

Eventuell bestreitet Beklagter den Zinseszins vom 21. Juni 1890 an.

Kläger hat Abweisung der Widerklage verlangt; er bestreitet, daß der Beklagte irgend ein Interesse habe, Aktien in natura zu erhalten.

Mit Urtheil vom 29. Mai 1891 hat das Civilgericht von Basel-stadt Palatini verurtheilt, dem Kläger zu bezahlen 3202 Fr. 30 Cts. nebst Zins à 5 % ab 2919 Fr. 95 Cts. seit 21. Juni 1890. Dieses Urtheil wird im Wesentlichen folgendermaßen motivirt:

Die Verpflichtung des Klägers zur Erfüllung des Bauvertrages ist eine alternative: Er sollte die Wahl haben, entweder in baarem Gelde oder in Aktien zum Nominalwerthe berechnet, zu erfüllen; er hat seine Wahl getroffen, indem er im frühern Prozesse die Verurtheilung des Beklagten zur Abnahme der Aktien beantragte. Die Lieferung der Aktien wurde aber dem Schuldner ohne sein Verschulden dadurch, daß Beklagter den Entscheid erster Instanz weiterzog, unmöglich, denn heute ist die Aktiengesellschaft aufgelöst und es bestehen keine Aktien mehr, sondern Kläger könnte dem Beklagten nur noch die Ansprüche an die Liquidatoren auf Ausrichtung des Liquidationsergebnisses, aber kein Mitgliedschaftsrecht an

der Gesellschaft mehr abtreten. Es ist gleichgültig, ob Kläger zur Zeit der Liquidation noch Aktien besaß; es blieb ihm auch dann das Recht, nachdem die Lieferung von Aktien unmöglich geworden war, den Gläubiger durch den nunmehrigen Geldwerth der unmöglich gewordenen Leistung zu befriedigen und zwar durch Bezahlung respektive Verrechnung des Liquidationsergebnisses. Der Beklagte muß demnach verurtheilt werden, sich das Liquidationsergebniß der Aktien auf seine Forderung von Kapital und Zinsen, soweit sie durch 500, den Nennwerth derselben, theilbar ist, anrechnen zu lassen. Dem Beklagten kann der Abzug der Kosten des Rechtsvorschlages nicht gestattet werden, da seine Weigerung, die Abrechnung des Klägers anzunehmen, ungerechtfertigt war; hingegen muß die Forderung von Zinseszinsen abgewiesen werden.

Die Zinsen der Forderung Horandts betragen . Fr. 820 80

Diejenigen der Forderung Palatini betragen 1703 Fr. 55 Cts. Davon sind in baar zu entrichten . . . . . Fr. 203 55

und durch Aktien beziehungsweise deren Liquidationswerth zu verrechnen 1500 Fr.

$\frac{1500 \times 111\ 64}{500}$ = ... „ 334 90 Fr. 538 45

Die Mehrforderung Horandts an Zinsen beträgt demnach . . . . . Fr. 282 35

welche Beklagter zu verzinsen nicht kann angehalten werden. Das zu verzinsende Kapital von 3203 Fr. 30 Cts. reduzirt sich so auf 2919 Fr. 95 Cts.

Gegen dieses Urtheil des erstinstanzlichen Gerichts hat Palatini direkt an das Bundesgericht rekurrirt und der Kläger hat sich damit einverstanden erklärt. Palatini wiederholt seine in der Klagebeantwortung gestellten Rechtsbegehren, dahingehend, Kläger sei mit seiner Klage abzuweisen und zu Zahlung von 6520 Fr. 70 Cts. zu verfällen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist zuerst festzuhalten, daß die Verpflichtung Palatinis, Aktien der Band- und Seidenfabrik St. Ludwig zum Nennwerth an Zahlungsstatt anzunehmen, definitiv in den in Sachen bereits

gefällten, insbesonders in den bundesgerichtlichen Urtheilen vom 30. Mai und 5. Dezember 1890 ausgesprochen ist.

Die einzige heute noch streitige Frage ist die, ob, nachdem die Gesellschaft nunmehr liquidirt ist, und Horandt nicht mehr in der Lage ist, dem Palatini Aktien zu liefern, letzterer berechtigt ist, volle Zahlung seines Guthabens in Geld zu verlangen, oder ob er sich damit zu begnügen hat, das auf diese Aktien fallende Liquidationsergebniß von 111 Fr. 64 Cts. per Aktie, sich anrechnen zu lassen.

Das Civilgericht hat in dieser Hinsicht angenommen, diese Lieferung von Aktientiteln sei ohne das Verschulden des Klägers unmöglich geworden und zwar dadurch, daß der Beklagte Palatini das am 14. Februar 1890 gefällte erstinstanzliche Urtheil an höhere Instanzen weiterzog, so daß der definitive Entscheid des Bundesgerichts erst am 30. Mai fiel, also zu einer Zeit, wo die fragliche Aktiengesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung der Aktonäre bereits aufgelöst und das Liquidationsergebniß festgesetzt war. Damals hatte, nach der Annahme des rekurrirten Entscheides, die liquidirte Gesellschaft aufgehört zu existiren und es gab in Folge dessen keine Aktien derselben mehr. Unter solchen Umständen habe Kläger noch das Recht gehabt, in Ermangelung von Aktien den Beklagten durch den Geldwerth der unmöglich gewordenen Leistung, nämlich durch Bezahlung respektive Verrechnung des Liquidationsergebnisses der Aktien, zu befriedigen.

2. Diese Auffassung erscheint keineswegs als eine rechtsirrthümliche. Angenommen auch, was aus der Aktenlage nicht mit absoluter Sicherheit hervorgeht, daß der Kläger ursprünglich die Erfüllung seiner Verpflichtung dem Beklagten gegenüber entweder in baarem Gelde oder in Aktien der Band- und Seidenfabrik St. Ludwig habe prästiren dürfen, so steht jedenfalls fest, daß diese Alternative nur so lange bestand, bis Horandt seine Wahl vollzogen hatte, und, wie das rekurrirte Urtheil es mit Recht hervorhebt, diese Wahl war dadurch getroffen, daß Kläger bereits in dem frühern Prozeß die Verurtheilung des Beklagten zur Abnahme der Aktien widerklagsweise gerichtlich verfolgte. Dadurch konzentrirte sich fortan die Obligation auf die einzige Alternative der Aktienlieferung und es muß an dieser Auffassung heute um so mehr festgehalten werden, als ein in Rechtskraft erwachsenes Urtheil des Bundes-

gerichtes die Verpflichtung des Palatini ausgesprochen hat, für den Betrag seiner Forderung die betreffenden Aktien an Zahlungsstatt zu nehmen.

3. Diese Leistung ist aber ohne Verschulden des Klägers dadurch unmöglich geworden, daß die Liquidation der Gesellschaft inzwischen stattgefunden und folglich das Bestehen ihrer Aktien aufgehört hat. Da Kläger in Folge dessen nicht mehr dem Beklagten die Rechte eines Aktionärs einer existirenden Aktiengesellschaft abtreten kann, so muß ihm freistehen, sich dadurch dem Beklagten gegenüber zu befreien, daß er letzterem das volle Betreffniß der Aktien nach dem Liquidationsergebnisse bezahlt, respektive verrechnet, Ein solcher Befreiungsmodus erscheint als mit dem Erfüllungsmodus im Einklang, der zwischen den Parteien verabredet wurde: indem Palatini nämlich sich verpflichtete, Gesellschaftsaktien für seine Arbeiten im Nennwerthe in Zahlung zu nehmen, sollte er eben die Schicksale der Unternehmung theilen, und er wußte daher, als er diese Klausel annahm, daß er sich dadurch einem unverkennbaren Risiko aussetzte, indem er sich möglicherweise Titel für voll anrechnen lassen müsse, die eine bedeutende Kurseinbuße bereits erlitten hätten.

4. Muß nach diesen Erörterungen das rekurrirte Urtheil in Hauptsachen bestätigt werden, so folgt daraus, daß die Kosten des Rechtsvorschlages zu Lasten des Beklagten, dessen Bestreitung sich als unbegründet herausgestellt hat, zu verbleiben haben.

Da Kläger gegen den Entscheid des Civilgerichtes in Bezug auf die Zinseszinsen nichts eingewendet hat, so rechtfertigt es sich, das rekurrirte Urtheil auch in dieser Beziehung bestehen zu lassen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten Palatini wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Civilgerichtes des Kantons Baselstadt vom 15. Mai 1891 sein Bewenden.

76. *Arrêt du 10 Juillet 1891, dans la cause de Zinowieff, contre Delay.*

Par arrêt du 29 Septembre 1890 la Cour de justice civile de Genève, statuant dans la cause qui divise Dimitri de Zinowieff, propriétaire à Aire, d'avec Louis Delay, propriétaire à Bellevue, a prononcé ce qui suit:

La Cour confirme le jugement du Tribunal civil du 11 Mars 1890 en ce qu'il a décidé que de Zinowieff n'était pas fondé à conclure à la résiliation du contrat et qu'il ne pourrait invoquer contre Delay que les dispositions de l'alinéa 2, art. 366 C. O.

Et statuant préparatoirement, nomme MM. de Niederhäusern, agriculteur à Trainant, Jean-Louis Treyvaud, entrepreneur à la Cluse, et Eugène Avril, entrepreneur à Genève, experts aux fins de vérifier et arrêter le compte fourni par Delay à de Zinowief relativement à l'établissement du rucher de Tutigny, indiquer aussi exactement que possible si à la date du 9 Mars 1889 le rucher était établi, avec tous ses accessoires, ainsi que Delay avait promis de l'établir suivant le contrat du 5 Octobre 1887 et son prix de revient. Réserve les dépens avec le fond en définitive et renvoie la cause au 27 Octobre, etc.

Par arrêt du 27 Avril 1891, la même Cour a statué comme suit, dans la même cause:

La Cour réforme les jugements rendus par le Tribunal civil les 5 Novembre 1888 et 11 Mars 1890, sauf sur le point qui a été confirmé par l'arrêt de la Cour du 29 Septembre dernier et statuant à nouveau:

Condamne de Zinowief à payer à Delay avec intérêts de droit, la somme de 2993 fr. 50 cent. pour les causes susénoncées. Partage par moitié entre parties les frais des rapports d'experts; fait masse du surplus des dépens, en met $^2/_3$ à la charge de Zinowieff et $^1/_3$ à la charge de Delay. Déboute respectivement les parties de toutes plus amples ou contraires conclusions.

C'est contre cet arrêt que de Zinowieff recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise prononcer que Delay reprendra le rucher de Tutigny pour son compte, en remboursant à de Zinowieff :

1° La somme de 8300 francs reçue pendant le cours de la construction.

2° Et quant aux frais faits par de Zinowieff pour la conservation de la chose, renvoyer les parties devant la juridiction cantonale pour qu'il soit statué à leur égard. Subsidiairement, et pour le cas où il serait décidé que le rucher doit demeurer la propriété du recourant, opérer dans le prix du dit rucher la réduction équitable prévue par l'art. 366, C. O.

Dans ses conclusions du 27 Mai 1891, ainsi que dans sa plaidoirie de ce jour, Delay a conclu au rejet du recours avec dépens.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Sous date du 5 Octobre 1887 les parties ont conclu, par acte sous seing privé, une convention par laquelle Delay s'est engagé envers de Zinowieff à établir à Tutigny (Département de l'Ain), sur une parcelle de terrain qu'il avait achetée pour le compte de ce dernier, un rucher en maçonnerie. De son côté de Zinowieff s'est obligé à payer pour le rucher, avec ruches habitées, accessoires et terrain, un prix approximatif de 7500 francs.

L'entrepreneur devait mettre le rucher à la disposition du maître pour le 15 Avril 1888, sauf cas de force majeure.

Il ne ressort pas avec précision du dossier à quelle époque le rucher fut terminé, mais le 31 Octobre 1888 Delay présente à de Zinowieff son compte, s'élevant, y compris l'achat du terrain, à 10459 fr. 90 cent. sur lesquels de Zinowieff avait déjà versé, en divers paiements, la somme de 8300 francs, ainsi que Delay le reconnaît.

Les parties n'ayant pu s'entendre en ce qui concerne les frais de construction, la réception et l'exploitation du rucher, de Zinowieff refusa de faire de nouvelles avances à Delay et des pourparlers eurent lieu entre parties, ayant pour objet la

vente par Zinowieff à Delay du rucher de Tutigny moyennant le remboursement, à la date du 15 Mars 1889, de la somme de 8300 francs avancée par Zinowieff.

Les préliminaires de la convention projetée furent fixés par voie de correspondance, mais la convention elle-même n'a pas abouti. Alléguant que Delay ne pourrait régler la somme de 8300 francs jusqu'au 15 Mars 1889, de Zinowieff fit pratiquer, conformément à l'art. 417 du C. P. C., sous date du 9 dit, par l'office du Tribunal civil de Gex, une saisie conservatoire sur le rucher de Tutigny, dans le but de garantir sa créance.

Le 12 Mars 1889 Delay ouvrit à de Zinowieff, par-devant le Tribunal civil de Genève, une action tendant :

a) A la résiliation des conventions intervenues entre parties ;

b) A l'adjudication d'une somme de 3200 fr. pour solde des frais de construction ;

c) A 3200 francs d'indemnité, à titre de dommages-intérêts.

Après divers actes d'une procédure assez compliquée, le Tribunal civil ordonna, par décision du 26 mars 1889, une expertise en vue de faire constater si le rucher avait été construit conformément aux conventions des parties et s'il est recevable en l'état.

L'expertise eut lieu le 8 Avril suivant et fut favorable à Delay ; par jugement du 5 Novembre 1889, le Tribunal civil en ordonna le complément ; et, dans leur rapport du 12 Novembre, les nouveaux experts ont taxé le rucher à 10 950 fr. 30 cent.

Dans un dernier jugement du 11 Mars 1890, le Tribunal civil, après avoir accordé, sur la demande reconventionnelle de de Zinowieff, un rabais de 1950 fr. 30 cent. sur le prix total des travaux exécutés par Delay, a homologué le rapport des nouveaux experts et condamné de Zinowieff à payer à Delay, pour solde de tout compte, la somme de 2525 fr. 20 cent.

Sur l'appel de de Zinowieff, la Cour de justice civile a statué

par son arrêt du 29 Septembre 1890, comme il a été dit plus haut, et les derniers experts désignés par elle ont, dans leur rapport du 14 Mars 1891, fixé le coût total du rucher à 11 801 fr. 10 cent.

Par son arrêt du 27 Avril 1891, dont le dispositif est également mentionné ci-dessus, la Cour de justice civile a fixé le rabais à faire sur le prix de revient du rucher à 850 fr. 80 cent. seulement, somme représentant les différences entre 11 801 fr. 10 cent., montant de la dernière expertise, et la somme de 10 950 fr. 30 cent. réclamée par Delay. C'est contre ces arrêts que le recours actuel est dirigé.

En droit :

2° La conclusion principale du sieur de Zinowieff tendant à ce que Delay reprenne le rucher pour le prix de 8300 fr., se fonde sur une convention ayant pour objet principal un immeuble, et tombe ainsi sous le coup de la Loi cantonale, encore applicable en pareille matière ; la nature d'immeuble du dit rucher en maçonnerie, et du terrain sur lequel il s'élève, est, en effet, incontestable et n'a point été sérieusement contestée.

Il s'ensuit que le Tribunal de céans est incompétent au regard de la conclusion principale du recourant.

La question relative aux frais que de Zinowieff prétend avoir faits pour la conservation de la chose doit suivre, en ce qui touche la compétence du dit Tribunal, le sort de la première conclusion.

3° La compétence du Tribunal fédéral doit en revanche être reconnue en ce qui a trait à la conclusion subsidiaire visant l'application de l'art. 366 C. O., toutes les conditions de cette compétence, telles qu'elles sont réglées à l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, se trouvant réalisées en l'espèce.

A cet égard, il y a lieu de constater d'abord que le recourant étant, ainsi que cela résulte des arrêts cantonaux souverains sur ce point, tout comme de la teneur même de sa première conclusion, propriétaire du terrain sur lequel a été exécuté l'ouvrage litigieux, l'alinéa 1er de l'art. 366 précité,

lequel n'a pas en vue le cas où il s'agit de constructions élevées sur le fonds du maître, n'est pas applicable à la cause, mais bien l'alinéa 2 du même article, statuant qu'en pareil cas, le maître peut demander un rabais sur le prix des travaux ou, si la construction n'est pas achevée, en interdire la continuation à l'entrepreneur et se désister du contrat en payant une indemnité équitable pour les travaux exécutés.

Or, il n'apparaît pas que la Cour de justice civile, en arrêtant le rabais à faire, en vertu de cette dernière disposition, à 850 fr. 80 cent., montant de la différence entre la taxe de la dernière expertise et la somme de 10 950 fr. 30 cent. réclamée par Delay, ait faussement appliqué le droit fédéral.

Les expertises provoquées en la cause constatent unanimément, en effet, que la valeur des travaux faits par Delay correspond au moins à la somme qu'il réclame dans son compte, et que ces travaux sont exécutés aussi bien que possible, en vue de l'emploi auquel ils sont destinés.

Dans ces circonstances le surplus de dépense, dépassant le devis primitif, profite évidemment à de Zinowieff, et celui-ci ne saurait être admis à refuser de payer le prix des dits travaux, alors qu'en faisant, en cours de construction, des avances de 1200 francs supérieures au devis, il doit être réputé avoir donné tacitement son adhésion à un surplus de dépense qui se faisait sous ses yeux, qu'il n'a pas cherché à arrêter, et contre laquelle il n'a, alors, pas même protesté, ni fait de réserve quelconque.

Si l'on considère, en outre, que Delay avait offert lui-même, en son temps, de se porter acquéreur de l'immeuble, objet du litige, pour la somme de 12 000 francs, il ne peut être admis qu'en arrêtant le compte réclamé par Delay à de Zinowieff à 10 950 fr. 30 cent., somme inférieure de 850 fr. 80 c., au prix des travaux conformément à la taxe des derniers experts, ni qu'en estimant ce rabais suffisant pour indemniser de Zinowieff du fait que le devis approximatif a été dépassé, la Cour cantonale ait fait une fausse application des dispositions du droit fédéral régissant l'espèce. Le recours ne saurait, dès lors, être accueilli.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté, et les arrêts rendus par la Cour de justice civile de Genève, les 29 Septembre 1890 et 27 Avril 1891, sont maintenus tout au fond que sur les dépens.

---

77. Urtheil vom 11. Juli 1891 in Sachen Ris gegen Wildi.

J. Winkler, Maschinenfabrikant in Kiesenbach bei Waldshut, Erfinder einer neuen Backsteinschlagmaschine, übertrug durch Vertrag vom 7. November 1887 dem Patentagenten Otto Hutzler in Zürich die Alleinverwerthung dieser Erfindung zur Ausbeutung in der Schweiz, Italien und Spanien für ein Jahr.

Für Italien verlangte Winkler 20,000 Fr., für die Schweiz 10,000 Fr. Bezüglich der Provision einigten sich die Parteien dahin, daß bei Patentverkauf für Italien, Hutzler 20 % bis auf 20,000 Fr., für die Schweiz 20 % bis auf 10,000 Fr. von der Gewinneinnahme Winkler's erhalte, und der Rest getheilt werde. Die Herstellungskosten einer Maschine wurden im Maximum auf 1200 Fr. taxirt, der Mehrerlös sollte beim Verkauf eines Patentes als Gewinn zugerechnet, zur Patentverkaufssumme gezählt und vom Gesammtbetrage die vorbestimmte Provision berechnet werden. Endlich bestimmt der Vertrag in § 8, daß bei einem Patentverkaufsabschluß zum Zeichen beidseitigen Einverständnißes die Unterschrift beider Kontrahenten unter den Vertrag zu setzen sei.

Am 28. gleichen Monats kam zwischen Winkler und dem Beklagten Wildi durch Vermittelung des Hutzler, ein Vertrag zu Stande, wonach Winkler an Wildi das alleinige Fabrikationsrecht seiner Backsteinschlagmaschine für die Schweiz, sowie das italienische Patent hierauf übertrug, wogegen Wildi an Winkler 30,000 Fr. zu bezahlen und eine Mustermaschine zum Preise

von 4000 Fr. zu beziehen sich verpflichtete. An die Kaufsumme sollte Wildi 8000 Fr. baar und den Rest in der Weise entrichten, daß von jeder Maschine, die er verkauft 1500 Fr. an Winkler zu bezahlen seien, bis die Summe von 30,000 Fr. erreicht sei.

In § 6 und 9 des Vertrages ist bestimmt, daß zur Kontrolle Winklers bis zur vollständigen Abzahlung der Kaufsumme, Wildi pflichtig sei, dafür zu sorgen, daß alle vom ihm in den Handel gebrachten derartigen Maschinen mit einer fortlaufenden Nummer versehen werden, und den Ort anzuzeigen, wo die bezüglichen Maschinen für Italien und die Schweiz angefertigt werden, wobei dem Winkler durch Wildi an den Fabrikationsorten das Kontrollbuch eingeräumt sein müsse. Alsdann habe Wildi für Winkler ein übungsmäßiges Kontrollbuch zu führen, in welches der Absatz, die Lieferzeit und die Adresse der Käufer beim jeweiligen Versandt eingetragen werde. Ferner bestimmt § 7, daß der Vermittler Otto Hutzler, „der Einfachheit wegen" die ihm von Winkler laut Vertrag vom 7. November 1887 stipulirte Provision direkt von Wildi beziehe, welcher dieselbe Winkler in Abzug bringe, wobei Hutzler das gleiche Kontrollrecht habe, wie Winkler nach § 6. Und endlich sagt § 9: „Sollte Wildi den nach „§ 6 bestehenden Verbindlichkeiten nicht nachkommen, so hat er „ebenfalls eine Konventionalstrafe von 6000 Fr. von jeder ge„lieferten Maschine, die nicht nummerirt und eingeschrieben ist, an „die Gegenkontrahenten zu entrichten."

Am 19. Dezember 1887 schloß, ebenfalls durch Vermittelung Hutzlers, Wildi mit Borner & Cie., Gießerei in Rorschach, einen Vertrag ab, wonach sich diese Firma an der Verwerthung der genannten Erfindung in der Weise betheiligte, daß sie die Fabrikation der Maschinen übernahm, an die Patentkaufsumme an den Verkäufer Winkler 4500 Fr. bezahlte und auf eigene Kosten von Winkler eine Mustermaschine zum Preise von 4000 Fr. bezog.

Am 8. Februar 1888 schrieb Hutzler an Wildi, er mache von seinem vertragsmäßigen Rechte Gebrauch, die Provision successive, wie sie fällig werde, direkt von ihm zu beziehen, und stellte fest:

a. Er habe zu fordern:

20 % von 30,000 Fr.	Fr. 6000
Die Hälfte von 2800 Fr. auf der Mustermaschine	„ 1400
Summa . .	Fr. 7400

b. Bis jetzt seien bezahlt 1800 Fr.

20 % von 8000 Fr. und 200 Fr. à conto der 1400 Fr..	Fr. 1800
Er habe somit noch zu gut . .	Fr. 5600

welcher Betrag successive fällig werde, und nach Lieferung der ersten 15 Maschinen ganz verfallen sei.

Wildi anerkannte gleichen Tags die Aufstellung nach den Verträgen als richtig, und fügte bei: „Und werde ich Ihnen nach Bezahlung Ihres Acceptes von 1500 Fr., je nach Verfall Ihre Provision Ihnen auszahlen."

Später stellte Wildi dem Hutzler dieses, für einen demselben gemachten Vorschuß von 1500 Fr. erhaltene Accept in der Meinung zurück, daß Hutzler die 1500 Fr. à conto seines Provisionsguthabens behalten könne, so daß Hutzler nur noch 4100 Fr. successive zu beziehen habe.

Schon am 2. März 1888 hatte Hutzler sein Guthaben in diesem letzten Betrage (4100 Fr.) an den Kläger abgetreten, wovon Letzterer dem Beklagten am 29. gleichen Monats schriftlich Anzeige machte. Wildi erwiderte aber, er habe nur mit Hutzler zu thun, und anerkenne die Abtretung nicht. Uebrigens sei die Sache in letzter Zeit so precär geworden, daß kaum Hoffnung auf einen Centime bleibe.

Inzwischen waren nämlich, nach der Feststellung im kantonalen Urtheile, Winkler'sche Maschinen mit unbedeutenden Aenderungen auch seitens der Firma Joseph Pallenberg in Mannheim, in der Schweiz zum Verkaufe angeboten worden. In einer Erklärung vom 31. März 1888 bestritt Winkler, welcher sich darin als Inhaber eines Reichspatentes bezeichnete, daß Pallenberg ein Recht zum Verkaufe solcher Maschinen habe, und erklärte, daß er gegen Pallenberg Patentprozeß erhoben habe und demselben jede Lieferung seiner Maschine untersagt sei.

Am 7. Juni 1888 schrieb dann aber Winkler an Wildi, daß

mit Borner & Cie. vom 23. Juni 1889 hervorgehe, habe derselbe vielmehr seine Verbindlichkeiten gegen Hutzler abschütteln wollen und den Vertrag vorsätzlich gebrochen, wobei Beklagter behaftet werde.

Dazu komme, daß Wildi — ohne Zustimmung Hutzlers — durch den Vertrag vom 7. Juni 1888 die Grundlagen des frühern Vertrages mit Winkler und Hutzler vom 28. November 1887 in den Hauptbestandtheilen verändert und sich in die Unmöglichkeit versetzt habe, den Vertrag mit Hutzler zu erfüllen.

Die Voraussetzungen, an welche die Auszahlung der an Hutzler versprochenen Provision geknüpft gewesen, seien vom Beklagten vorsätzlich und wider Treu und Glauben zerstört worden. Die Rechtsfolgen davon bestehen darin: Der Eintritt der Bedingung des Vertrages: Absatzgebiet in der Schweiz und Kontrollrecht an sich und lokaliter in der Schweiz sei vom Beklagten wider Treu und Glauben verändert worden und gelte daher die Bedingung als erfüllt, (Art. 176 O.-R.), weßhalb Kläger Bezahlung der restirenden 4100 Fr. nebst Zinsen verlangen könne.

Eventuell sage Kläger: Der Vertrag vom 28. November 1887 sei aus den gleichen Gründen und mit kategorischer Erklärung des Beklagten unheilbar gebrochen und Beklagter daher schadenersatzpflichtig. Der Schaden sei gleich der vereitelten Provision von 4100 Fr. nebst Zinsen. (Art. 110, 111 u. 116 O.-R.)

Auf Anordnung des Handelsgerichtes hatten Borner & Cie. ihr Bestellbuch, ihr Versandtbuch und ihr Eingangsbuch dem Gerichte eingesandt, welches aus denselben einen Auszug ausfertigen ließ. Danach haben Borner & Cie. vom 5. Juni 1888 bis 17. Januar 1890 fünf Backsteinschlagmaschinen in der Schweiz, eine nach Mailand, eine nach Prag und eine nach Mittkowitz, Mähren, verkauft, welch letztere jedoch, sowie zwei Maschinen aus der Schweiz retour gekommen sind.

Beklagter verlangte gänzliche Abweisung der Klage, indem er anführte:

Es seien im Ganzen acht Maschinen abgeliefert worden, davon aber drei zurückgekommen, und von den fünf effektiv verkauften, seinen alle provisionsfrei bis auf die nach Mailand verkaufte. Ein Begehren um Vorweisung des Kontrollbuches sei bisher nicht

gestellt worden; allein wenn auch Beklagter in dieser Hinsicht seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt haben sollte, so gäbe das dem Kläger nur ein Klagerecht auf Erfüllung oder Schadenersatz. Das im Vertrag vorgesehene Kontrollbuch sei nur ein Auskunftsmittel darüber, wie viele Maschinen geliefert worden seien. Die Kontrolle von Borner & Cie. sei vollständig und richtig; alle ausgegangenen Maschinen seien nummerirt, wofür Beweis anerboten werde. Daß neben Borner & Cie. auch Wildi noch ein besonderes Kontrollbuch führen müsse, werde gestützt auf Art. 77 O.-R. bestritten, da die Maschine nur an einem, und nicht an verschiedenen Orten fabrizirt worden.

Die Anzeige, wo die Maschine angefertigt worden, sei gemacht, da Hutzler selbst die Verbindung mit Borner & Cie. angeknüpft habe. Eine Anzeigepflicht darüber, wohin die Maschinen geliefert werden, habe nicht bestanden, sondern Kläger, respektive Hutzler und Winkler seien verpflichtet gewesen, nach Rorschach zu kommen um dort die Bücher einzusehen.

Weder Winkler noch Ris haben aber je angefragt, wie viele Maschinen geliefert worden seien. Einsicht in den ganzen Vertrag Wildis mit Borner & Cie. haben weder Winkler, noch Hutzler, noch Ris beanspruchen können. Wildi habe die 20 % von 1500 Fr. dem Hutzler nicht direkt versprochen; die Zahlungen seien nur dem Winkler versprochen, und davon dürfe Hutzler $^1/_5$ vorweg nehmen. Hutzlers Anspruch stehe und falle mit demjenigen Winklers. Für den Provisionsanspruch Winklers sei der Vertrag vom 7. Juni 1888 maßgebend. Wenn Winkler auf Provision verzichte, so habe auch Hutzler nichts von den 10 % zu fordern sondern stehe ihm nur ein Schadenersatzanspruch gegen Winkler zu. Nur wenn Winkler und Wildi dolos gehandelt hätten, um den Hutzler um seine Provision zu prellen, würde Wildi die 20 % von den freigegebenen Maschinen schulden. Allein das sei nicht der Fall. Wildi und Borner & Cie. seien von Winkler hintergangen worden, indem derselbe kein Patent auf die ganze Maschine, sondern nur auf nebensächliche Bestandtheile besessen habe, und daher dem Beklagten, respektive Borner & Cie. durch das Haus Pallenberg in der Schweiz eine ruinöse Konkurrenz gemacht worden sei. Deßhalb habe sich Winkler mit Wildi durch den

Vertrag vom 7. Juni 1888 so, wie geschehen, abgefunden; Winkler habe das gerade gethan, um die Verbindung mit Wildi fortzusetzen. Es sei nur einmal wider Treu und Glauben gehandelt worden, als Hutzler den Vertrag vom 28. November 1887 vermittelt habe, durch welchen Wildi und Borner & Cie. effektiv in Schaden gekommen seien. Borner & Cie. thun das Möglichste, Maschinen zu verkaufen; wenn der Verkauf nicht möglich sei, so geschehe es durch Schuld Winklers und zum Nachtheil der beklagten Partei. Es stehe dem Beklagten frei, gar keine Maschinen zu verkaufen, wenn er es nicht in seinem Vortheile fände. Daß Beklagter die Maschinen selber hätte fabriziren sollen, sei unrichtig.

Durch Urtheil vom 6. März dieses Jahres hat das zürcherische Handelsgericht die Klage abgewiesen und dem Kläger die Kosten auferlegt, von einer Prozeßentschädigung an den Beklagten dagegen abgesehen.

Kläger hat die Weiterziehung an das Bundesgericht erklärt und das Begehren gestellt, das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Der Beklagte sei persönlich und direkt dem Kläger respektive dessen Cedenten gegenüber obligatorisch gebunden.

2. Der Beklagte habe demnach an den Kläger die rückständige Agenturprovision von 4100 Fr. nebst Zins à 6 % seit 12. November 1890 zu bezahlen;

3. Eventuell: Der Beklagte sei schuldig, den Kläger für drei von acht verkauften provisionspflichtigen Maschinen 900 Fr. nebst Zinsen zu bezahlen, vorbehältlich des Anspruchs auf die vertragliche Provision der weiter verkauften Maschinen;

Weiter eventuell:

4. Es sei ein Beweisverfahren einzuleiten, welches damit zu beginnen habe, daß der Beklagte seine eigenen Kontrollbücher und Kontrollskripturen edire, im Uebrigen unter gleichzeitiger Auflage des Hauptbeweises an Beklagten. Der Beklagte hat Bestätigung des angefochtenen Urtheils anbegehrt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die heute vom Beklagten neu vorgebrachte Einrede, daß die Cession vom 2. März 1888 ungültig sei, weil die Forderung Hutzlers an Winkler respektive Wildi ihrer Natur nach nicht übertragbar sei, ist unbegründet. Es handelt sich um eine Geld-

forderung, die durchaus nicht an die Person Hutzlers untrennbar geknüpft ist und bekanntlich können auch künftige Forderungen cedirt werden. Beklagter ist denn auch nicht in der Lage gewesen, für seine Behauptung irgend welche Gründe anzuführen.

2. Kläger stützt, nach seiner heutigen Klagebegründung, seine Begehren, daß Beklagter zur Bezahlung von 4100 Fr. nebst Zinsen verpflichtet werde, nicht darauf, daß Beklagter, respektive Borner & Cie. eine solche Anzahl von Bakſteinschlagmaschinen verkauft haben, daß Kläger nach §§ 2 und 7 des Vertrages vom 28. November 1887, respektive dem Vertrage vom 7. Juni 1888, zu einer Provisionsforderung in dem eingeklagten Betrage berechtigt wäre. Er hat auch seine, vom kantonalen Gerichte zutreffend zurückgewiesene Behauptung, daß bis zum Beweise des Gegentheils der Verkauf von 15 solcher Maschinen angenommen werden müsse, heute nicht mehr festgehalten.

Die Klage ist, wenigstens nach dem heutigen Vortrage des Klägers, nicht mehr auf Erfüllung der vom Beklagten durch den erwähnten Vertrag dem Rechtsvorfahr des Klägers gegenüber übernommenen Verpflichtungen gerichtet, sondern stellt sich lediglich noch als Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung jener Verpflichtungen dar.

3. Frägt sich nun, ob und welche Verpflichtungen Beklagter durch jenen Vertrag dem Hutzler gegenüber übernommen habe, so steht nach den Akten, insbesondere den Verträgen vom 7. und 28. November 1887 fest, daß die dem Hutzler für den Verkauf des Fabrikationsrechtes in der Schweiz und das italienische Patent versprochene Provision nicht von dem Beklagten Wildi aus seinem Vermögen zu zahlen ist, sondern ausschließlich von Winkler geschuldet wird, letzterer daher einzig und ausschließlich Schuldner dieser Provision ist. Beklagter hat durch den Vertrag vom 28. November 1887 und seine Erklärung auf dem Briefe vom 8. Februar 1888 sich lediglich verpflichtet, die dem Hutzler von Winkler versprochene Provision aus der dem Winkler zukommenden Provision auf Rechnung Winklers zu bezahlen, in der Meinung, daß durch solche Zahlung die Provisionsforderung Hutzlers an Winkler getilgt und gleichzeitig Wildi insoweit von seiner Schuld an Winkler befreit sein solle.

4. Mit dem kantonalen Gerichte ist nun davon auszugehen, daß das dießfalls begründete Rechtsverhältniß dasjenige der Anweisung (Art. 406 ff. O.-R.) sei. Von einer Cession d. h. Uebertragung der Forderungsrechte des Winkler an Wildi auf Hutzler ist im Vertrage vom 28. November 1887 nirgends die Rede, so wenig als davon, daß Hutzler auf sein Forderungsrecht gegen Winkler verzichten und den Wildi als Schuldner annehmen wolle. Für etwas anderes als eine Anweisung spricht auch der Umstand nicht, daß Hutzler den Vertrag vom 28. November 1887 ebenfalls unterzeichnet hat. Offenbar geschah dieß in Ausführung der diesfälligen Bestimmung des Vertrages vom 7. November 1887, „zum Zeichen beidseitigen Einverständnißes," mit dem Verkaufe des Fabrikationsrechtes respektive des Patentes an den Beklagten.

5. Daraus folgt aber allerdings nicht, daß zwischen Beklagtem und Kläger durch den Vertrag vom 28. November 1887 kein Obligationsverhältniß begründet worden sei. Vielmehr ist dies dadurch geschehen, daß Beklagter die Anweisung sowohl durch seine Unterschrift auf dem Vertrage vom 28. November 1887, als durch seine Erklärung auf dem Briefe Hutzlers vom 8. Februar 1888, angenommen hat. Wenn auch die Anweisung ein Obligationsverhältniß zwischen Angewiesenen und Anweisungsempfänger nicht bewirkt, so entsteht dagegen ein solches Verhältniß, sobald und soweit der Angewiesene sich durch Vertrag dem Anweisungsempfänger bindet, und dahin gehört die Annahme der Anweisung. Art. 409 O.-R. bestimmt denn auch, daß der Angewiesene, welcher dem Anweisungsempfänger die Annahme ohne Vorbehalt erklärt, demselben zur Zahlung verpflichtet werde und ihm nur solche Einreden entgegensetzen könne, welche sich aus ihrem persönlichen Verhältniße oder aus dem Inhalt der Anweisung selbst ergeben, nicht aber solche aus seinem Verhältniße zum Anweisenden.

6. Das kantonale Gericht hat nun aus § 7 des Vertrages vom 28. November 1887, und zwar speziell aus den Worten: „Vermittler Hutzler bezieht der Einfachheit wegen," gefolgert, Beklagter habe die Anweisung nicht vorbehaltlos, sondern nur in dem Sinne angenommen, daß er insoweit Zahlung zu leisten

verspreche, als er selbst dem Anweisenden verpflichtet sein werde, und insbesondere beliebige Aenderungen des Vertragsverhältnisses zwischen Winkler und Wildi nicht haben ausgeschlossen werden wollen. Es bemerkt hiebei, man hätte ebensogut sagen können, Wildi besorge gefälligkeitshalber die Auszahlung an Hutzler. Ob diese Annahme richtig ist, mag dahin gestellt bleiben. Rechtsirrthümlich wäre es jedenfalls, wenn das kantonale Gericht von der Ansicht ausginge, es komme nach Art. 409 O.-R. auf das Motiv der Annahme einer Anweisung etwas an, und es finde auf eine vorbehaltlose Annahme, sofern sie seitens des Angewiesenen aus Gefälligkeit gegen den Anweisenden oder Anweisungsempfänger erfolgt, Art. 409 O.-R. in dem Sinne keine Anwendung, daß in einem solchen Falle trotz des Mangels eines bezüglichen Vorbehaltes auch Einreden aus dem Verhältnisse zwischen Assignanten und Assignaten dem Anweisungsempfänger entgegengesetzt werden können.

Auch hat das kantonale Gericht die Erklärung des Beklagten auf dem Briefe Hutzlers vom 8. Februar 1888, welche ein Zahlungsversprechen ohne jeden Vorbehalt enthält, wenigstens nach den Urtheilsmotiven, gänzlich außer Acht gelassen. Es möchte daher wohl bedenklich sein, hierorts einfach darauf abzustellen, daß das kantonale Gericht den Sinn des Vertrages vom 28. November 1887, speziell des § 7 desselben, sowie geschehen, festgestellt habe, und diese Feststellung als rein thatsächlicher Natur für das Bundesgericht verbindlich sei.

7. Allein es ist im vorliegenden Falle überhaupt nicht nöthig zu untersuchen, ob die Annahme der Anweisung seitens des Beklagten eine vorbehaltlose gewesen sei oder nicht. Denn nach Art. 409 O.-R. kann der Angewiesene, auch wenn er die Annahme ohne Vorbehalt erklärt hat, dem Assignatoren doch diejenigen Einreden entgegensetzen, welche sich aus dem Inhalte der Anweisung selbst ergeben, und zu diesen Einreden gehören nicht etwa blos diejenigen aus Vorbehalten und Beschränkungen des Anweisenden bei der Anweisung, sondern auch diejenigen, welche sich daraus ergeben, daß die Anweisung auf Schuld gemacht ist, und um eine solche Einrede handelt es sich hier. Es liegt nämlich in casu nicht eine Anweisnng auf eine abstrakte Geldsumme vor,

sondern eine Anweisung auf eine ganz bestimmte und zwar künftige Schuld aus einem zweiseitigen Vertrag, deren Entstehung nicht blos dadurch bedingt war, daß Beklagter Backsteinschlagmaschinen nach der Schweiz und Italien wirklich verkaufe respektive verkaufen könne, sondern die auch von einer Gegenleistung des Anweisenden Winkler abhing. Der Wille der Kontrahenten bei Abschluß des Vertrages vom 28. November 1887 ging, wie sich aus dessen Inhalt unzweideutig ergibt und schon oben bemerkt worden, dahin, daß durch die Anweisung die künftige Schuld Wildis an Winkler von 1500 Fr. für jede verkaufte Maschine, soweit die Provisionsforderung Hutzlers reichte, getilgt und Beklagter durch die Zahlung an Hutzler von seiner Schuld an Winkler befreit sein solle. Grund und Voraussetzung der Anweisung ist also die Existenz jener Schuld des Beklagten an Winkler. Daraus folgt aber, daß Kläger aus der Annahme der Anweisung den Beklagten jedenfalls dann nicht belangen kann, wenn jene Forderung Winklers ohne Schuld des Beklagten nicht zur Entstehung gelangt ist. Und dieß muß in casu angenommen werden. Nach dem Vertrage vom 28. November 1887 bildete die Abgabe von je 1500 Fr. von jeder nach der Schweiz oder Italien verkauften Maschine die Gegenleistung dafür, daß Winkler dem Beklagten das alleinige Fabrikationsrecht für die Schweiz und das italienische Patent übertrug. Dafür, daß Beklagter durch den Vertrag das alleinige Fabrikationsrecht für die Schweiz erwerbe, hatte Winkler Gewähr zu leisten. Konnte er dieses Recht dem Beklagten nicht übertragen, so erfüllte er seine vertraglichen Verpflichtungen nicht, und damit fiel auch die Gegenleistung des Beklagten in entsprechendem Maße weg. Insoweit gelangte somit die Forderung, auf welche Hutzler angewiesen war, nicht zur Entstehung und damit fiel auch die Anweisung dahin (siehe z. B. Dernburg, Preußisches Privatrecht II, S. 133 4. Aufl.).

Nun kann in der That das Vorbringen des Beklagten über das Eingreifen Pallenbergs in Mannheim und die Entstehung des Vertrages vom 7. Juni 1888 nicht anders verstanden werden, als daß dem Winkler die Erfüllung des Vertrages vom 28. November 1887 bezüglich des alleinigen Fabrikationsrechtes für die

Schweiz nicht möglich gewesen sei. Denn Beklagter hat in seiner schriftlichen Klagebeantwortung unter anderm wörtlich erklärt, Winkler und Hutzler haben an ihm dolos gehandelt, indem sie ihm das alleinige Fabrikationsrecht der fraglichen Maschine für enormes Geld verkauft haben und dieses Recht ihrerseits nicht haben gewährleisten können; Beklagter sei also berechtigt gewesen, vom Vertrage zurückzutreten und in diesem Falle hätte Hutzler keine Provision beziehen können. Und damit stimmt ganz überein die Erklärung Winklers in dem Vertrage vom 7. Juni 1888, welche ausdrücklich dahin geht, daß dem Beklagten durch das Eingreifen Pallenbergs in den Rayon des Beklagten, das ganze schweizerische Geschäft ruinirt worden sei und deßhalb für die Schweiz keine Provision mehr bezahlt werden solle. Daß diese Erklärungen Winklers richtig seien, muß so lange angenommen werden, als nicht das Gegentheil nachgewiesen ist.

Ein solcher Beweis ist aber vom Kläger, den die Beweislast trifft, weder geleistet, noch anerboten worden. War aber dem Winkler die Erfüllung des Vertrages vom 28. November 1887 in der oben bezeichneten Richtung nicht möglich, so durfte sich Beklagter über die Wirkungen, welche dieser Umstand auf seine, des Beklagten, Gegenleistungen nach dem früher Gesagten zukamen, in der Weise, wie geschehen, außergerichtlich verständigen und abfinden, ohne sich dem Beklagten verantwortlich zu machen. Insbesondere stand einer solchen Abfindung nicht das dem Hutzler vertraglich eingeräumte Kontrollrecht entgegen. Denn dieses Kontrollrecht ist, wie dasjenige Winklers, nach §§ 6 und 9 des Vertrages vom 28. November 1887 lediglich ein accessorisches Recht. Derselbe hat in Verbindung mit der vereinbarten Konventionalstrafe einzig den Zweck, den Hutzler und Winkler gegen den heimlichen Verkauf provisionspflichtiger Maschinen zu schützen, und dauert demgemäß, nach § 6 ibidem, nur so lange, als dem Winkler und Hutzler ein Recht auf Provision zusteht. Soweit Winkler und Hutzler keine Provision zu beanspruchen haben, ist auch das Kontrollrecht für sie gegenstandslos. Sollte Kläger glauben, daß Winkler dem Beklagten, zum Nachtheile Hutzlers ein unverhältnißmäßiges Zugeständniß gemacht habe, indem er den Beklagten von jeder Provision für die nach der Schweiz verkauf-

ten Maschinen entband, und daß Hutzler aus diesem oder einem andern Grunde nicht mehr an den Vertrag vom 7. November 1887, wonach er nur vom Gewinn Winklers eine Provision zu beanspruchen hat, gebunden sei, so bleibt ihm natürlich unbenommen, gegen Winkler rechtlich vorzugehen. Daß Beklagter arglistig gehandelt habe, ist nicht bewiesen, ja nicht einmal bestimmt behauptet worden.

8. Demnach kann in casu die Klage gegen den Beklagten nicht darauf gestützt werden, daß derselbe durch die Vereinbarung mit Winkler vom 7. Juni 1888 die wesentlichen Grundlagen des Vertrages vom 28. November 1887 widerrechtlich verändert, und damit durch letzteren Vertrag dem Hutzler gegenüber übernommene Verpflichtungen verletzt habe. Wollte man übrigens annehmen, Beklagter könne dem Kläger die Vereinbarung vom 7. Juni 1888 nicht entgegensetzen, sondern letzterer könne sich nach wie vor dem Beklagten gegenüber auf den Vertrag vom 28. Juni 1887 berufen, so wäre die Folge davon gewiß nur die, daß Beklagter von jeder in der Schweiz verkauften Maschine die Provision von 300 Fr. an Kläger bezahlen müßte, da ihm ja der Verkauf der Maschinen in der Schweiz nicht benommen ist. Dagegen ist nicht einzusehen, wie Kläger berechtigt sein sollte, sofort die ganze Provision von 4100 Fr. als Schadenersatz vom Beklagten zu fordern. Denn daß Beklagter, wenn die Vereinbarung vom 7. Juni 1888 nicht getroffen worden wäre, bis jetzt schon 15 Maschinen, respektive mehr Maschinen, als wirklich abgesetzt worden sind, in der Schweiz verkauft hätte, ist weder dargethan, noch nach den Umständen anzunehmen.

9. Ebenso unvermögend zur Rechtfertigung der Schadenersatzklage des Klägers sind die übrigen von demselben angeführten Gründe. Daß Wildi nach dem Vertrage vom 28. November 1887 die Maschinen nicht selbst erstellen mußte, geht schon daraus hervor, daß nach §§ 6 und 7 jenes Vertrages Beklagter dem Winkler und Hutzler neben seinem eigenen Kontrollbuch, das Kontrollbuch an den Fabrikationsorten einräumen muß, welche Bestimmung sich ja offenbar nur dadurch erklärt, daß Beklagter, wie Winkler und Hutzler mußten, nicht selbst Fabrikant und daher nicht in der Lage war, die Maschinen selbst zu erstellen. Aber

auch die Uebertragung des Verkaufs, Vertriebes der Maschinen an eine dritte Person, insbesondere den Fabrikanten, ist in dem Vertrage vom 28. November 1887 nicht verboten, und durch die Natur des Geschäftes durchaus nicht ausgeschlossen. Denn Beklagter hat ja durch jenen Vertrag zur Erstellung der Maschinen sich nicht verpflichtet, sondern er hat durch den Vertrag lediglich das Recht dazu erworben, und Kläger und Winkler haben, wie es in solchen Fällen ja regelmäßig vorkommt, einfach darauf abgestellt, daß das eigene Interesse des Beklagten denselben dazu führen werde, möglichst viele Bausteinschlagmaschinen zu verkaufen. Die Verpflichtungen des Beklagten gegen Winkler und Hutzler bestehen lediglich in den im Vertrage näher bezeichneten Geldleistungen und den dem Kontrollrecht dieser Personen entsprechenden Pflichten. Warum nun Beklagter seine durch den Vertrag vom 28. November 1887 erworbenen Rechte nicht an einen Dritten sollte übertragen können, ist nicht einzusehen und vom Kläger auch nicht begründet worden; ihrer Natur nach sind dieselben gewiß nicht unübertragbar.

Die Verpflichtungen dagegen konnte Beklagter allerdings nicht mit befreiender Wirkung für sich ohne Zustimmung von Winkler und Hutzler einem Dritten überbinden. Allein angenommen, Beklagter hätte wirklich diese Verpflichtungen durch Uebertragung an Borner & Cie. abschütteln wollen, so würde Kläger daraus noch durchaus nicht das Recht zu der vorliegenden Klage ableiten können. Vielmehr wäre ein solcher Versuch des Beklagten dem Kläger gegenüber eben einfach wirkungslos und könnte sich letzterer nach wie vor an den Beklagten selbst halten, wobei indessen dem Beklagten immerhin nach Art. 77 O.-R. das Recht zustände, die Erfüllung durch einen Dritten zu bewirken. Und zwar gilt dieß nicht nur mit Bezug auf die Provision, zu deren Zahlung Beklagter sich verpflichtet hat, sondern auch bezüglich der Pflicht des Beklagten zur Führung eines Kontrollbuches. Eine Anzeigepflicht des Beklagten an Kläger statuirt der Vertrag nur insofern, als Beklagter dem Winkler und Hutzler den Fabrikationsort anzugeben hat, und dieser hat Beklagter unbestritten genügt. Dem Kläger den Vertrag mit Borner & Cie. zur Einsicht vorzulegen, war Beklagter nicht pflichtig. Dagegen ist richtig, daß

nach §§ 5, 6 und 7 des Vertrages vom 28. November 1887 dem Kläger respektive seinem Cedenten nicht nur das Kontrollbuch an den Fabrikationsorten zur Einsicht gestellt werden, sondern Beklagter selbst ein ordnungsmäßiges Kontrollbuch führen muß, in das der Absatz, die Lieferzeit und die Adresse des Käufers beim jeweiligen Versandt einzutragen ist. Daß es aber bei der Erfüllung dieser Verpflichtung auf die Persönlichkeit des Beklagten ankomme, so daß Beklagter nach Art. 77 O.-R. zur persönlichen Erfüllung verpflichtet wäre, läßt sich gewiß nicht sagen und es hat auch der Kläger dafür nichts anzuführen vermocht. Auch ist durchaus glaubwürdig, daß die Führung des Kontrollbuches durch Wildi selbst mit Rücksicht auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Erstellung der Maschinen an verschiedenen Orten vorgeschrieben worden sei, indem in § 6 des Vertrages ausdrücklich von „Fabrikationsorten" die Rede ist. In Wirklichkeit werden nun die Maschinen lediglich durch Borner & Cie. in Rorschach erstellt und es erscheint daher weder vertrags- noch gesetzwidrig, wenn Beklagter die Führung des Kontrollbuches dieser Firma übertragen hat. Wie bereits bemerkt, ist nichtsdestoweniger Beklagter selbst dem Kläger gegenüber für die richtige Führung des Buches verantwortlich, und es treffen ihn daher die in § 9 des Vertrages vom 28. November 1887 für vertragswidriges Handeln angedrohten Folgen. Nun lassen sich aus den von Borner & Cie. vorgelegten Büchern, aus welchen ein gerichtlich erhobener beglaubigter Auszug bei den Akten liegt, alle diejenigen Angaben entnehmen, welche nach § 6 des Vertrages in dem von Wildi zu führenden Kontrollbuch enthalten sein sollen.

10. Daß neben diesen, den sämmtlichen Verkehr von Borner & Cie. enthaltenden, nicht noch ein besonderes Kontrollbuch, welches lediglich die Bakksteinschlagmaschinen beschlagen würde, geführt worden ist, kann den Kläger, sofern ihm hiedurch die Ausübung der Kontrolle erschwert werden sollte, berechtigen, durch geeignete Mittel für Abhülfe zu sorgen, und den Beklagten auf Ersatz des diesfälligen bereits entstandenen oder noch entstehenden Schadens zu belangen. Ein solcher Schaden ist aber gegenwärtig gar nicht nachgewiesen; ja es hat Kläger nach den thatsäch-

lichen Feststellungen des kantonalen Urtheils, respektive der unbestrittenen Behauptung des Beklagten bis jetzt gar nie versucht, die Kontrolle über die abgelieferten Maschinen an dem ihm bekannten Fabrikorte auszuüben, geschweige denn, daß ihm oder Hutzler die Einsicht der Bücher durch Borner & Cie. verweigert worden wäre.

Die Annahme des Klägers, er könne wegen des bloßen Umstandes, daß neben den Büchern von Borner & Cie. nicht noch von dieser Firma oder vom Beklagten selbst ein besonderes Kontrollbuch über die Winkler'schen Bausteinschlagmaschinen, welches ja lediglich den Inhalt der Borner'schen Bücher reproduziren könnte, geführt worden ist, nun sofort — entgegen den Bestimmungen des abgeschlossenen Vertrages, wonach Kläger für seine Provision auf den Erlös der vom Beklagten verkauften Maschinen respektive die dem Winkler hievon zukommende Provision angewiesen ist — vom Beklagten Zahlung seiner Gesammtprovision von 4100 Fr. fordern, entbehrt jeder Begründung.

11. Daß endlich die in den Antworten des Beklagten vom 31. März 1888 auf die Cessionsanzeige des Klägers vom 29. gleichen Monats, und vom 28. Juni 1889 und 17. August 1890 auf die Zahlungsaufforderung des Klägers enthaltenen, unrichtigen und unbegründeten Behauptungen, er schulde dem Hutzler nichts, er habe mit demselben abgerechnet u. s. w., das erste Klagsbegehren nicht rechtfertigen, sondern den Kläger nur dazu veranlassen konnten, auf dem Rechtswege den Beklagten zur Anerkennung seiner vertraglichen Verpflichtungen anzuhalten, bedarf keiner weitern Ausführung. Das kantonale Gericht hat den Beklagten für seine unrichtigen Angaben damit bestraft, daß es ihm keine Prozeßentschädigung zugesprochen hat.

12. Die Gutheißung des dritten, eventuellen Rechtsbegehrens des Klägers, daß Beklagter verpflichtet werde, an ihn für drei von acht verkauften, provisionspflichtigen Maschinen 900 Fr. nebst Zinsen zu bezahlen, hängt nach der heutigen Begründung desselben durch Kläger davon ab, daß Beklagter respektive Borner & Cie. bis jetzt acht provisionspflichtige Maschinen verkauft haben, respektive daß die nach ihren Büchern verkauften acht Maschinen wirklich provisionspflichtig seien.

Nach den vorstehenden Ausführungen, respektive nach dem auch im Verhältnisse zwischen Kläger und Beklagten wirksamen Vertrage vom 7. Juni 1888 ist nun aber — wie das kantonale Gericht mit Recht annimmt — lediglich die nach Mailand verkaufte Maschine provisionspflichtig, und nun hat Kläger heute selbst zugegeben, daß er auf die Provision erst Anspruch habe, wenn wenigstens sechs provisionspflichtige Maschinen verkauft seien, indem vorerst der Vorschuß von 1500 Fr., welchen Beklagter dem Hutzler schon vor dem 2. März 1888 gemacht, durch die Provision von fünf Maschinen zu decken sei

13. Von der gleichen Annahme, daß die von Borner & Cie. verkauften acht Backsteinschlagmaschinen sämmtlich provisionspflichtig seien, geht endlich auch das letzte, auf Anordnung eines Beweisverfahrens gerichtete, Begehren des Klägers, aus. Das Beweisverfahren soll sich nämlich auf die drei Maschinen beziehen, welche von Borner & Cie. als von den Käufern zur Verfügung gestellt bezeichnet worden sind, indem Kläger theils die Richtigkeit dieser Angabe bestreitet, theils behauptet, daß die Dispositionsstellung für ihn nicht verbindlich sei. Nun trifft dieselbe aber lediglich drei Maschinen, von welchen nach dem Vertrage vom 7. Juni 1888 eine Provision nicht bezahlt werden muß, und damit fällt auch dieses Begehren dahin.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewesen, und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 6. März 1891 sein Bewenden.

---

78. Urtheil vom 18. Juli 1891 in Sachen Erben Berger gegen Lack.

A. Durch Urtheil vom 23. März 1891 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

1. Der Verantworter ist nicht gehalten, die gegnerische Klage einläßlich zu beantworten bezüglich der Obligationen vom 20. De-

zember 1876 per 6000 Fr. und je 10,000 Fr. Dagegen ist derselbe gehalten, die gegnerische Klage einläßlich zu beantworten bezüglich der Obligation vom 1. Mai 1876 per 2000 Fr.

2. Die dieser Einredesache wegen ergangenen Kosten mit 20 Fr. heutiger Vortragsgebühr werden zum Haupthandel geschlagen.

3. Die heutige Urtheilsgebühr ist auf 20 Fr. festgesetzt. Jede Partei hat unter solidarischer Haftbarkeit davon die Hälfte zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung erklärt der Vertreter des Beklagten vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache, er gedenke eine Vorfrage aufzuwerfen, da die angefochtene Entscheidung sich nicht als Haupturtheil qualifizire. Das Bundesgericht beschließt indeß, die Verhandlung über diese Vorfrage sei mit derjenigen in der Hauptsache zu verbinden. Der Anwalt der Kläger stellt hierauf die Anträge, es sei die Gegenpartei mit ihrer angekündigten Einrede abzuweisen und es sei das obergerichtliche Urtheil in dem Sinne abzuändern, daß die Verjährungseinrede des gänzlichen abgewiesen werde. Dagegen beantragt der Anwalt des Beklagten, es sei auf die Beschwerde zur Zeit nicht einzutreten, sondern beide Parteien anzuweisen, einen materiellen Hauptentscheid über die ganze Klage abzuwarten; eventuell sei die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bankgeschäft S. Lack & Cie. in Solothurn schuldete den Klägern:

Laut Obligation vom	1. Mai	1876	.	2,000	Fr.
" " "	20. Dez.	1876	.	6,000	"
" " "	20. "	1876	.	10,000	"
" " "	20. "	1876	.	10,000	"

Unbestrittenermaßen war die Gesellschaft S. Lack & Cie. im Jahre 1876 eine „gewöhnliche Gesellschaft" im Sinne der §§ 1192 u. ff. des solothurnischen Civilgesetzbuches, welcher Simon und Julian Lack, sowie der Vater des Beklagten Fritz Lack-Reinhart als Mitglieder angehörten. Am 17. November 1877 verstarb der letztere und wurde vom Beklagten beerbt. Durch Eintrag vom 20. Januar 1883, veröffentlicht im Handelsamtsblatt vom 30. gleichen

Monats, wurde die Firma S. Lack & Cie. als, vor dem 1. Januar 1883 entstandene, Kommanditgesellschaft ins Handelsregister eingetragen, mit der Angabe, sie bestehe aus Simon Lack-Pfähler und Julian Lack als unbeschränkt haftenden Gesellschaftern und der Wittwe Barbara Lack geb. Brunner als Kommanditärin mit einer Einlage von 200,000 Fr. Am 19. Januar 1886 fiel die Firma S. Lack & Cie. in Konkurs; die Kläger machten in diesem ihre, bisher regelmäßig verzinsten, Forderungen geltend; sie geriethen indeß mit denselben sowohl im Gesellschaftskonkurse als in den nachfolgenden Privatkonkursen der Gesellschafter Simon und Julian Lack vollständig zu Verlust. Sie belangten nunmehr (am 10. Dezember 1887) den Beklagten als Erben seines Vaters rechtlich auf deren Bezahlung. Der Beklagte bestritt die Forderung und setzte der daraufhin erhobenen Klage die Einrede der Verjährung entgegen. Das Obergericht hat diese Einrede, soweit es die drei am 20. Dezember 1876 ausgestellten Obligationen anbelangt, für begründet erklärt, dagegen mit Bezug auf die Obligation vom 1. Mai 1876 abgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: Sowohl die eingeklagten Obligationen als die Gesellschaft S. Lack & Cie. seien unter der Herrschaft des solothurnischen Rechts entstanden und es sei daher das Rechtsverhältniß nach kantonalem Rechte zu beurtheilen. Die Gesellschaft S. Lack & Cie sei eine gewöhnliche Gesellschaft im Sinne der §§ 1192 u. ff. des solothurnischen Civilgesetzbuches gewesen, welcher der Vater des Beklagten bis zu seinem Tode als solidarisch für die Gesellschaftsschulden haftendes Mitglied angehört habe. Dagegen sei der Beklagte selbst niemals Mitglied der Gesellschaft gewesen; er sei nach § 1204 leg. cit. weder berechtigt noch verpflichtet gewesen, in die Gesellschaft einzutreten. Nach § 1205 leg. cit. sei daher sein Austritt auf den Todestag des Erblassers (19. November 1877) zu berechnen. Von da an habe er als Sohn und Erbe eines aus einer gewöhnlichen Gesellschaft ausgeschiedenen Mitgliedes nicht mehr als solidarischer Mitschuldner für die Geschaftsschulden gehaftet, sondern nur noch subsidär, wie ein Währschaftsträger. Demgemäß sei die zehnjährige Verjährung des Art. 1486 des solothurnischen Civilgesetzbuches für die Obligationen vom 20. Dezember 1876 eingetreten. Denn diese Obligationen seien gegen sechsmonatliche Kündigung jederzeit rückzahlbar

gewesen. Die Verjährung für dieselben laufe also seit dem 20. Juni 1877 und von da an bis zur Anhebung der Betreibung (10. Dezember 1887) seien mehr als zehn Jahre verstrichen. Die Eingabe der Kläger in den Konkursen der Gesellschaft S. Lack & Cie. und der Gesellschafter Simon und Julian Lack sowie die Zinszahlungen durch die Gesellschaft haben die Verjährung gegenüber dem Beklagten nicht unterbrochen, da dieser eben nicht mehr solidarischer Mitschuldner gewesen, sondern nur noch subsidär gehaftet habe. Dagegen sei die Verjährung für die Obligation vom 1. Mai 1876 noch nicht eingetreten, da diese Obligation erst nach sechs Jahren, also frühestens am 1. Mai 1882, fällig geworden sei.

2. Insoweit die angefochtene Entscheidung gegenüber den Ansprüchen der Kläger aus den drei Obligationen vom 20. Dezember 1876 die Einrede der Verjährung für begründet erklärt, qualifizirt sich dieselbe unzweifelhaft als Haupturtheil; denn sie weist ja diese Ansprüche als verjährt definitiv ab, entscheidet also materiell über den Bestand derselben. Dagegen liegt allerdings ein Haupturtheil über die Forderung aus der Obligation vom 1. Mai 1876 nicht vor, da dieser Forderung gegenüber die Einrede der Verjährung zurückgewiesen worden ist, ohne daß gleichzeitig über den Bestand der Forderung wäre entschieden worden. Allein dies schließt die sofortige Weiterziehung der Entscheidung über die Ansprüche aus den drei Obligationen vom 20. Dezember 1876 nicht aus. Denn der Anspruch aus der Obligation vom 1. Mai 1876 stützt sich auf ein besonderes selbständiges Rechts- (Darlehns-) Geschäft; er wird nicht etwa aus dem gleichen Rechtsverhältnisse abgeleitet, wie die definitiv beurtheilten Ansprüche. Es liegt also eine objektive Klagenhäufung vor, wobei das kantonale Gericht über einen Theil der verbundenen Ansprüche definitiv geurtheilt hat, über einen andern dagegen noch nicht. In einem derartigen Falle steht der sofortigen Weiterziehung des kantonalen Urtheils über die definitiv beurtheilten Ansprüche jedenfalls dann nichts entgegen, wenn das Bundesgericht zu Entscheidung des noch nicht endgültig beurtheilten Anspruches überhaupt nicht kompetent ist. Dies trifft aber hier zu. Der Anspruch aus der Obligation vom 1. Mai 1876 erreicht nämlich den gesetzlichen Streitwerth nicht, während das Bundesgericht gemäß konstanter Praxis* im Falle

* und Gesetz: 42 Civilgesetz

objektiver Klagenhäufung nur insoweit kompetent ist, als für den einzelnen Anspruch der gesetzliche Streitwerth gegeben ist.

3. Ist somit die Beschwerde nicht verfrüht, so muß sich dagegen fragen, ob und inwieweit in der Sache eidgenössisches Recht anwendbar und daher das Bundesgericht gemäß Art. 29 O.-G. kompetent sei. In dieser Beziehung ist nun richtig, daß die streitigen Forderungen unter der Herrschaft des frühern kantonalen Rechtes begründet wurden, so daß ihr Inhalt sich gemäß Art. 882 O.-R. nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte richtet; ebenso ist für die Verhältnisse der frühern, vor der Herrschaft des Obligationenrechtes bestandenen Gesellschaft S. Lack & Cie. kantonales und nicht eidgenössisches Recht maßgebend. Nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte beurtheilt sich insbesondere die Frage, ob der Beklagte nach dem Tode seines Vaters an dessen Stelle in die Gesellschaft eingetreten sei und wenn nein, wie sich seine Haftung für die zur Zeit der Mitgliedschaft seines Erblassers begründeten Gesellschaftsschulden gestaltet habe. Denn die sämmtlichen in dieser Richtung maßgebenden juristischen Thatsachen haben sich unter der Herrschaft des kantonalen Rechts ereignet. Dagegen ist sicher, daß die Verjährung der eingeklagten Forderungen am 1. Januar 1883 jedenfalls noch nicht vollendet war. In Bezug auf die Einrede der Verjährung greift daher, gemäß Art. 882, Abs. 3 und Art. 883 O.-R. eidgenössisches Recht ein. Nach eidgenössischem Rechte bestimmt sich die Verjährungsfrist und ebenso ist für die Unterbrechung der Verjährung für die Zeit vom 1. Januar 1883 an durchweg das eidgenössische Obligationenrecht maßgebend, während dagegen allerdings für die frühere Zeit noch kantonales Recht gilt (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Brunner vom 13. November 1886, Amtliche Sammlung XII, S. 680 u. Erw. 5 u. ff.) Insoweit demgemäß eidgenössisches Recht anwendbar ist, ist also das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent.

4. Die Verjährungsfrist beträgt nach dem eidgenössischen Obligationenrechte wie nach dem frühern solothurnischen Rechte 10 Jahre. Denn zur Anwendung kommt die ordentliche Verjährung des Art. 146 O.-R. Der Anwalt des Beklagten hat dies zwar heute bestritten und behauptet, es komme die fünfjährige Verjäh-

rung des Art. 585 O.-R. zur Anwendung; denn die gewöhnliche Gesellschaft des solothurnischen Rechtes entspreche ihrem Wesen nach der Kollektivgesellschaft des Obligationenrechtes; es sei daher auf Klagen gegen ausgeschiedene Mitglieder solcher Gesellschaften aus Ansprüchen an die Gesellschaft die kurze fünfjährige Verjährung des Art. 585 cit. anwendbar. Dies erscheint indeß nicht als richtig. Die Verjährung des Art. 585 beginnt nach Art. 586 O.-R. mit dem Zeitpunkte, in welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist; sie findet also überhaupt nur da Anwendung, wo die betreffende Aenderung des Gesellschaftsverhältnisses in das Handelsregister eingetragen worden ist, während überall da, wo ein solcher Eintrag nicht stattgefunden hat, es der allgemeinen Regel gemäß bei der zehnjährigen Verjährung des Art. 146 O.-R. bewendet (vergleiche Schneider, Kommentar, 2. Aufl., S. 431, Entscheidung der Appellationskammer Zürich vom 4. Oktober 1890, Revue der Gerichtspraxis IX, No. 19). Die kurze Verjährung des Art. 585 O.-R. kann also überall nicht auf kantonalrechtliche Gesellschaften erstreckt werden, welche, wie die Gesellschaft S. Lack & Cie., im Handelsregister gar nicht eingetragen waren und wo danach auch ein Eintrag des Ausscheidens des betreffenden Gesellschafters nicht stattgefunden hat.

5. In Bezug auf den Beginn der Verjährung ist ohne weiters davon auszugehen, daß dieselbe vom 20. Juni 1877 an zu laufen begonnen habe. Denn die Entscheidung der Vorinstanz, daß die sämmtlichen eingeklagten Obligationen vom 20. Dezember 1876 auf 20. Juni 1877 haben gekündigt werden können, stellt Wirkung und Inhalt der durch die Ausgabe der Obligationen abgeschlossenen Verträge fest und entzieht sich daher, da in dieser Beziehung kantonales Recht maßgebend ist, der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Ist dies aber richtig, so erscheint die Einrede der Verjährung als begründet. Denn die Einleitung der Betreibung gegen den Beklagten hat erst nach Ablauf von zehn Jahren, vom 20. Juni 1877 an, stattgefunden und durch die Zinszahlungen seitens der Gesellschaft S. Lack & Cie. oder durch die Eingabe im Konkurse der Gesellschaft und der Gesellschafter Simon und Julian Lack wurde die Verjährung gegenüber dem Beklagten nicht unter-

brochen. In Betreff der vor das Inkrafttreten des Obligationenrechts fallenden Zinszahlungen steht dies nach dem Entscheide der Vorinstanz ohne weiters fest, da insoweit noch kantonales und nicht eidgenössisches Recht maßgebend ist. Allein auch für die spätern, nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilenden, Akte gilt das Gleiche. Es muß nämlich dabei von der kantonalrechtlichen und daher vom Bundesgerichte nicht nachzuprüfenden Entscheidung der Vorinstanz ausgegangen werden, daß der Beklagte niemals selbst Mitglied der Gesellschaft S. Lack & Cie. geworden sei und als Erbe eines durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters für Gesellschaftsschulden nicht mehr als solidarischer Mitschuldner, sondern nur noch subsidär, wie ein „Währschaftsträger", hafte. Ist aber hievon auszugehen, so ist klar, daß Rechtshandlungen gegen die Gesellschaft die Verjährung gegen den Beklagten nicht unterbrachen. Als Regel ist gewiß auch für das Obligationenrecht festzuhalten, daß die Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung oder Rechtsverfolgung nur gegen denjenigen Verpflichteten wirkt, gegenüber welchem sie geschieht. Eine Ausnahme hievon statuirt das Gesetz in Art. 155 für Solidarschuldner und Mitschuldner einer untheilbaren Leistung und für den Bürgen. Diese Ausnahme gründet sich auf die besondere Natur der betreffenden Verhältnisse und darf nicht ausgedehnt werden; in allen andern Fällen gemeinsamer Verpflichtung muß es bei der Regel bewenden, daß Rechtshandlungen gegen einen Mitverpflichteten die andern nicht berühren, da es an einem Rechtsgrunde dafür fehlt, die Wirkung von Rechtshandlungen, die von oder gegenüber einem Mitverpflichteten geschehen sind, auch auf die andern auszudehnen. Zu Unterstützung dieser Entscheidung für Fälle der vorliegenden Art darf übrigens auch auf die Analogie des Art. 588 O.-R. verwiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Kläger wird, in Abweisung der Einrede des Beklagten als statthaft erklärt, dagegen wird dieselbe als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 23. März 1891 sein Bewenden.

79. Urtheil vom 21. Juli 1891 in Sachen Volksbank Reinach gegen Wohnlich.

A. Durch Urtheil vom 29. April 1891 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Die Forderungen, welche die Rechtsvorgängerin der Beklagten, Spar- und Leihkasse Reinach, im Konkurse des Klägers angemeldet hat, werden als nicht mehr bestehend beziehungsweise als erloschen erklärt.

2. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger sämmtliche Kosten des Streites mit 226 Fr. 35 zu ersetzen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Beklagte Volksbank Reinach die Weiterziehung an das Bundesgericht. In der gestrigen Verhandlung, in welcher die Parteivorträge angehört wurden, hat der Anwalt der Beklagten darauf angetragen, das angefochtene Urtheil sei aufzuheben und die Klage abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Dagegen hat der Anwalt des Klägers beantragt, es sei in Abweisung der gegnerischen Beschwerde die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ist aus den Akten folgendes hervorzuheben: Am 11. Oktober 1887 war über den Kläger in Basel der Konkurs ausgebrochen; in demselben hatte die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Spar- und Leihkasse Reinach, Forderungen angemeldet. Nachdem auch über den Bruder des Klägers, Albert Wohnlich, sowie dessen Firma Albert Wohnlich & Cie. in [Teufenthal,] Kantons Aargau, dort der Konkurs ausgebrochen war, wurde zwischen Albert Wohnlich einerseits und der auch in diesem Konkurse als Gläubigerin betheiligten Spar- und Leihkasse Reinach (sowie dem Notar J. Wälchli) andrerseits am 8. November 1888 ein Vertrag abgeschlossen, um die Durchführung des Konkurses über A. Wohnlich, welcher ein Akkommodement mit seinen Gläubigern anstrebte, abzuwenden. In diesem Vertrage wird in Art. 7 eine Bestimmung über die

Regulirung von Wechsel- und Rückbürgschaftsverpflichtungen getroffen, welche der Kläger Eduard Wohnlich für seinen Bruder Albert Wohnlich eingegangen hatte. Dieselbe lautet: „Als Ersatz, „bestimmt für die Wechsel- und Rückbürgschaftsverpflichtungen „des Eduard Wohnlich in Zürich gegen die hierseitigen Mitkon„trahenten sorgt Albert Wohnlich für eine Faustpfandverschreibung „Seitens der Herren: 1. J. Müller-Biland in Basel in Bezug „auf dessen eingegebene Forderung Nr. 14 des Geltstagsproto„kolls; 2. E. Hierholz in Kolmar, Schwager des Herrn Eduard „Wohnlich in Bezug auf dessen auf den Namen der Volksbank „in Basel geltend gemachten Ansprüche in Geltstag Albert Wohn„lich & Cie.; 3. Eduard Wohnlich in Zürich für 2037 Fr. „Auf den Zeitpunkt, da diese Verschreibungen rechtsgültig zu „Stande gekommen sein werden, erlöschen die fraglichen Ver„pflichtungen des Ed. Wohnlich gegen die Spar- und Leihkasse „Reinach und gegen J. Wälchli." Auf dem dem Albert Wohnlich eingehändigten Exemplar dieses Vertrages ist eine vom 10. Dezember 1888 datirte Erklärung des Eduard Wohnlich nachgetragen, wodurch dieser sich mit den ihn betreffenden Bestimmungen des Vertrages vollständig einverstanden erklärt. Im Vertragsexemplar der Beklagten findet sich dagegen dieser Nachtrag nicht. J. Müller-Biland, E. Hierholz und Eduard Wohnlich errichteten hierauf am 12. und 14. November 1888 „Faustpfandverschreibungen," wonach sie ihre in Art. 7 des Vertrages vom 8. November 1888 bezeichneten Forderungen an Albert Wohnlich der Spar- und Leihkasse Reinach und dem J. Wälchli für deren im Geltstage des A. Wohnlich angemeldete Ansprachen an letztern als Faustpfand verschrieben. Die betreffenden Faustpfandverschreibungen enthalten übereinstimmend die Bestimmung, daß die über die verpfändeten Forderungen bestehenden „Forderungspapiere" der Spar- und Leihkasse Reinach zu übergeben seien, daß dagegen Eduard Wohnlich seiner Verpflichtungen gegen die Spar- und Leihkasse Reinach sowie gegen J. Wälchli in Reinach entlassen werde. Dieselben wurden der Spar- und Leihkasse Reinach mit Schreiben des Notars Lüscher in Zürich vom 11. Dezember 1888 übersendet, mit dem Beifügen, daß die Spar- und Leihkasse (sowie Notar Wälchli) autorisirt seien, die den faustpfändlich verschriebenen

Guthaben zu Grunde liegenden „Forderungsausweise," welche sich bei den Liquidationsakten der Firma Albert Wohnlich & Cie. respektive Albert Wohnlich in Teufenthal als Beilagen zu den daherigen Ansprachen befinden, auf der Gerichtskanzlei Kulm zu erheben. Die Spar- und Leihkasse Reinach bescheinigte mit Schreiben vom 15. Dezember 1888 den Empfang der Faustpfandverschreibungen, die sie in „Verwahrung nehme," ohne weitere Monitur. Als nun aber Eduard Wohnlich hierauf gestützt (zum Zwecke seiner Rehabilitirung in Basel) von der Spar- und Leihkasse Reinach respektive deren Rechtsnachfolgerin, der Volksbank Reinach, die Erklärung verlangte, er sei von seinen Verpflichtungen ihr gegenüber entlastet, wurde ihm diese Erklärung verweigert; er trat daher klagend auf, mit dem Begehren, es sei zu erkennen, daß die Forderungen, welche die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Spar- und Leihkasse Reinach, im Konkurse des Klägers angemeldet hat, nicht mehr bestehen, beziehungsweise erloschen sind, unter Kostenfolge.

2. Die Beklagte hat der Klage in erster Linie die Einwendung entgegengesetzt, der Kläger Eduard Wohnlich könne aus dem Vertrage vom 8. November 1888 keine Rechte herleiten, da er bei dessen Abschluß nicht mitgewirkt, sie mit ihm überhaupt niemals verhandelt habe. Diese Einwendung ist unbegründet. Nach Art. 128 O.-R. sind Verträge zu Gunsten Dritter gültig und ist auch der Dritte berechtigt, selbständig die Erfüllung zu fordern, wenn dies die Willensmeinung der Kontrahenten war. Art. 7 des zwischen Albert Wohnlich und der Spar- und Leihkasse Reinach abgeschlossenen Vertrages vom 8. November 1888 nun enthält eine Vereinbarung zu Gunsten des Eduard Wohnlich und es ist, wie die Vorinstanz in keineswegs rechtsirrthümlicher sondern im Gegentheil durchaus richtiger Weise feststellt, anzunehmen, daß die Willensmeinung der Kontrahenten dahin ging, der begünstigte Dritte, E. Wohnlich, solle selbständig berechtigt werden, Erfüllung zu verlangen, d. h. geltend zu machen, daß seine Verpflichtungen gegenüber der Beklagten durch die im Vertrage vorgesehenen Leistungen getilgt werden können oder getilgt worden seien. Der Kläger ist daher zur Klage berechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob seine, dem einen Vertragsdoppel nachgetragene Erklärung vom

10. Dezember 1888 von der Beklagten genehmigt worden ist oder nicht.

3. Im Weitern wendet die Beklagte ein, die Voraussetzungen, unter welchen nach dem Vertrage vom 10. November 1888 der Kläger von seinen Verpflichtungen frei werde, seien nicht erfüllt, denn die bedungenen Faustpfänder seien nicht rechtsgültig bestellt worden. Die Faustpfandurkunden seien nur von den Pfandgebern, nicht, wie gesetzlich erforderlich wäre, auch von den Pfandnehmern unterzeichnet; eine Anzeige der Verpfändung an den Schuldner habe nicht stattgefunden und es seien auch die Schuldscheine ihr nicht übergeben worden. Es mangeln daher die Voraussetzungen einer gültigen Faustpfandbestellung nach Art. 215 O.-R. Speziell die vom Kläger ausgehende Faustpfandbestellung sei auch deßhalb ungültig, weil die verpfändete Forderung zu seiner Konkursmasse gehöre, er also über dieselbe nicht habe disponiren können.

4. Was nun vorerst den Einwand der mangelnden Dispositionsfähigkeit des Klägers anbelangt, so kann die Beklagte mit demselben nicht gehört werden. Nach einer Bescheinigung der Civilgerichtskanzlei von Basel haben mit Ausnahme der Spar- und Leihkasse Reinach und des Notars J. Wälchli sämmtliche Konkursgläubiger des Klägers sich für befriedigt erklärt. Der Aufhebung des Geltstages steht also nichts mehr entgegen, als die Weigerung der Kontrahenten des Vertrages vom 10. November 1888, den Kläger seiner Verpflichtungen gegen sie zu entlassen. Bei dieser Sachlage ist klar, daß erstere, sofern im Uebrigen die vertragsmäßigen Leistungen erfüllt sind, sich nach den Grundsätzen der bona fides nicht darauf berufen können, der Kläger sei als Geltstager dispositionsunfähig; sie haben den Vertrag in voller Kenntniß der Sachlage, im Bewußtsein daß der Kläger im Geltstage liege, abgeschlossen, sie können nun nicht nachträglich die Erfüllung des Vertrages durch die Berufung darauf vereiteln, daß der Kläger als Geltstager nicht dispositionsfähig sei, während die Aufhebung des Geltstages einzig durch ihr Verhalten vereitelt wird.

5. Die Behauptung, daß es zur Gültigkeit einer Faustpfandbestellung der Unterschrift nicht nur des Pfandgebers sondern auch des Pfandnehmers bedürfe, ist nach Art. 12 O.-R. offenbar

unbegründet, da der Pfandgläubiger durch den Pfandvertrag ja keine Verpflichtung eingeht sondern lediglich ein Recht erwirbt. Ebenso ist die Einwendung, daß eine Anzeige der Verpfändung an den Schuldner der verpfändeten Forderung nicht stattgefunden habe, völlig bedeutungslos. Auch wenn es hier, wo der Schuldner der verpfändeten Forderung selbst kraft vertraglicher Verpflichtung die Pfandbestellung vermittelt hat, einer besondern Anzeige an denselben noch bedurfte und eine solche nicht stattgefunden haben sollte, so kann doch die Beklagte diesen Mangel dem Kläger nicht entgegengehalten. Denn sie hat sich denselben, da es ja durchaus in ihrer Stellung als Pfandnehmerin lag, diese Anzeige zu machen, lediglich selbst zuzuschreiben. Ernsthaft in Betracht kann nur die Einwendung kommen, daß die für die verpfändeten Forderungen bestehenden Schuldscheine nicht übergeben worden seien. In dieser Richtung ist zuzugeben, daß nach Art. 215 O.-R. zu gültiger Verpfändung einer verbrieften Forderung die Uebergabe des Schuldscheines an den Gläubiger erforderlich ist und diese nicht etwa, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, dadurch ersetzt werden kann, daß die Forderungstitel als Beilagen einer Gelts-tagsansprache amtlich deponirt sind u. dergl. Freilich können nach Art. 215 O.-R. auch unverbriefte Forderungen verpfändet werden und kann in diesem Falle natürlich von einer Uebergabe des Schuldscheins nicht die Rede sein. Allein verbriefte Forderungen, d. h. solche für welche ein Schuldschein besteht, können nach dem klaren Wortlaut des Art. 215 cit. (vergl. insbesondere auch den französischen Text) nur unter Uebergabe des Schuldscheins gültig verpfändet werden. Unterbleibt diese, so erwirbt der Gläubiger kein Pfandrecht und ist demgemäß z. B. einem spätern Cessionar der Forderung gegenüber nicht geschützt. Allein im vorliegenden Falle ist nun nicht anzunehmen, daß für die verpfändeten Forderungen überhaupt Schuldscheine bestehen. Der Kläger verneint dies und die Beklagte, welche es behauptet, hat in der Klagebeantwortung des gänzlichen unterlassen, ihre Behauptung irgendwie näher zu substanziiren, während sie dies doch hätte thun sollen und, wenn wirklich Schuldscheine bestanden, sehr leicht hätte thun können. Demnach ist davon auszugehen, die verpfändeten Forderungen seien überhaupt keine verbrieften Forderungen, d. h. es bestehen

für dieselben keine Schuldscheine des Schuldners der verpfändeten Forderungen, vielmehr handle es sich um unverbriefte Forderungen und die Forderungspapiere oder Forderungsausweise, von welchen in den Faustpfandverschreibungen u. s. w. die Rede ist, bestehen lediglich in Betreibungsakten oder Belegen für Zahlungen, welche die Verpfänder für Albert Wohnlich geleistet haben (Rechnungsaufstellungen, Buchauszügen u. s. w.). Ist aber dem so, so ist die angefochtene Entscheidung zu bestätigen, denn alsdann sind die Faustpfandbestellungen gültig oder lag und liegt es doch in der Hand der Beklagten, dieselben durch Anzeige an den Schuldner jederzeit zur Perfektion zu bringen. Der Umstand, daß die etwa von den Verpfändern im Geltstage des Albert Wohnlich eingereichten Belege nicht übergeben worden sind, kann zur Abweisung der Klage nicht führen, um so weniger als ja die Beklagte in dem Vertrage vom 10. November 1888 die schriftliche Anerkennung der fraglichen Forderungen durch den Schuldner besitzt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Aargau sein Bewenden.

---

80. Urtheil vom 4. Setempber 1891 in Sachen Christen-Kesselbach gegen Danioth.

A. Durch Urtheil vom 13. Mai 1891 hat das Obergericht von Uri erkannt:

1. Es sei das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben, das Hauptrechtsbegehren des Danioth begründet erklärt, dagegen dessen Entschädigungsforderung abgewiesen.

2. Christen hat 10 Fr. Gerichtsgeld zu zahlen und dem Danioth 50 Fr. an die Kosten zu vergüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt

sein Anwalt, es seien in Aufhebung des obergerichtlichen Urtheils dem Beklagten seine Rechtsbegehren zuzusprechen und es sei danach zu erkennen, der Kläger sei mit seinem Begehren in allen Theilen abzuweisen und der Beklagte berechtigt zu erklären, die Firma Grand Hôtel Bellevue in das Handelsregister eintragen zu lassen und gleichartige Affischen zu gebrauchen, unter Kostenfolge.

Der Vertreter des Klägers erklärt, daß er sich der gegnerischen Beschwerde anschließe und beantragt, es seien unter Abweisung der gegnerischen Beschwerde die Rechtsbegehren der Klage in vollem Umfange gutzuheißen und demnach der Beklagte zu verhalten:

a. Den Gebrauch des Ausdrukes « Grand Hôtel » in seinen Geschäftsfirmen fernerhin gänzlich zu unterlassen und besagten Ausdruck aus allen Publikationsmitteln und Affischen, Firmaschilden, Karten u. s. w. zu entfernen und

b. Dem Kläger wegen mißbräuchlicher Ausbeutung der Firma Grand Hôtel in Andermatt eine Aversalsumme von 6000 Fr. zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Adelrich Danioth hat im Jahre 1888 in Andermatt einen von ihm neu gebauten Gasthof eröffnet, welchen er in den Aufschriften u. s. w. als Grand Hôtel Andermatt, auf einer Tafel auch einfach als Grand Hôtel bezeichnete. Er ließ als seine Firma in's Handelsregister eintragen: „Ad. Danioth, Grand Hôtel in Andermatt." Der Beklagte Sebastian Christen-Kesselbach betreibt in Andermatt schon seit 1872 einen Gasthof, für welchen er die Bezeichnung « Hôtel Bellevue » oder „Kurhaus und Hôtel Bellevue" gebrauchte; schon vor der Errichtung des Grand Hôtel Andermatt hat er in Inseraten u. dergl. (z. B. im Frankfurter Hotel-Adreßbuch von 1886) seinen Gasthof gelegentlich als Grand Hôtel Bellevue bezeichnet. Einen Eintrag seiner Firma in das Handelsregister bewirkte er erst am 27. Dezember 1890. Der Eintrag lautet: „Inhaber der Firma: Sebastian Christen-Kesselbach, in Andermatt, ist Sebastian Christen-Kesselbach von und wohnhaft in Andermatt; Natur des Geschäfts: Betrieb des Hôtel Bellevue und dessen Dependenzen." Da Christen-Kesselbach auch nach Eröffnung des Grand Hôtel Andermatt seinem Gasthofe

in Affischen, Karten u. dergl. vielfach die Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue beilegte, so hat A. Danioth gegen ihn auf Unterlassung des Gebrauchs dieser Bezeichnung und auf eine Entschädigung vom 6000 Fr. geklagt. Der Beklagte verlangte widerklagsweise Anerkennung seines Rechts, die Firma Grand Hôtel Bellevue in das Handelsregister eintragen zu lassen und gleichartige Affischen zu gebrauchen. Zu bemerken ist, daß Adelrich Danioth im Jahre 1888 sich beim Regierungsrathe des Kantons Uri darüber beschwert hatte, daß das Hôtel Bellevue die Aufschrift Grand Hôtel auf dem Omnibus führe, was unstatthaft sei und daß daraufhin der Regierungsrath am 4. August 1888 gestützt auf Art. 8 des kantonalen Reglements über Aufstellung von Posten, Gasthofomnibus u. s. w. beschloß: Es sei ein Gasthofbesitzer nicht befugt, andere Schilde oder Firmatafeln auf den Omnibus und Kutschen anzubringen, als solche, welche auf den Namen des Eigenthümers oder des Gasthofes lauten, somit sei auch Herr Christen nicht berechtigt, eine andere Aufschrift als die Firma Kurhaus und Hôtel Bellevue zu führen. Die erste Instanz, Bezirksgericht Urseren, hat durch Entscheidung vom 4. März 1891 die klägerischen Rechtsbegehren abgewiesen, dagegen erkannt, der Beklagte dürfe sich nur unter der Geschäftsfirma Grand Hôtel und Pension Bellevue im Handelsregister eintragen lassen. Die Entscheidung stützt sich darauf, das Hôtel Bellevue sei schon vor Eröffnung des Grand Hôtel Andermatt als Grand Hôtel Bellevue bezeichnet worden; aus den eingelegten Reisebüchern, Annoncen u. s. w. ergebe sich, daß am gleichen Orte in dem nämlichen Geschäftszweig die Bezeichnung Grand ohne Anstand für verschiedene Etablissements gebraucht werde. Zwischen den zwei Firmen Grand Hôtel Bellevue und Grand Hôtel Andermatt bestehe ein wesentlicher Unterschied, so daß eine Verwechslung unmöglich sei. Dagegen hat die zweite Instanz abändernd in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt, indem sie ausführt: Danioth habe seine Firma „Ad. Danioth, Grand Hôtel in Andermatt" in das Handelsregister eintragen lassen und könne deßhalb für diese Firma den gesetzlichen Schutz beanspruchen, dagegen habe Christen seine Firma erst am 27. Dezember 1890 eintragen lassen und habe eine Einschreibung seines Gasthofes

unter dem Namen Grand Hôtel oder Grand Hôtel Bellevue nicht stattgefunden, sondern werde die Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue nur in einigen Reisehandbüchern sowie auf Christens Hotelkarten u. s. w. gebraucht. Christen sei nur zum Gebrauche des im Handelsregister eingetragenen Hotelnamens berechtigt und dürfe diesen Namen nur dann ändern, wenn er die Namensänderung gleichzeitig im Handelsregister eintragen lasse und überdies dabei einen die Unterscheidung von Danioths Gasthof sichernden Zusatz im Sinne des Art. 868 O.-R. mache. Hingegen habe Danioth weder einen vermögensrechtlichen Schaden noch eine Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen im Sinne der Art. 50 und 55 O.-R. erwiesen, welche ihm aus dem Gebrauche der Bezeichnung Grand Hôtel durch Christen erwachsen wären.

2. Das Rechtsmittel des Beklagten ist rechtzeitig eingelegt und das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent, da zweifellos eidgenössisches Recht anwendbar und der gesetzliche Streitwerth gegeben ist. Die erst heute erklärte Anschlußbeschwerde des Klägers ist gemäß konstanter Praxis des Bundesgerichtes ebenfalls zuläßig, was der Anwalt des Beklagten zu Unrecht bezweifelt hat.

3. Wenn der Anwalt des Beklagten heute angedeutet hat, das Obergericht habe über sein Widerklagsbegehren nicht entschieden und es müsse aus diesem Grunde die Sache an das kantonale Gericht zurückgewiesen werden, so erscheint dies nicht als richtig. Zwar spricht sich das obergerichtliche Urtheil allerdings über das Widerklagsbegehren nicht ausdrücklich aus; allein das Gericht ist offenbar davon ausgegangen, der Zuspruch des klägerischen Hauptrechtsbegehrens enthalte von selbst die Abweisung der Widerklage und es ist daher eine Rückweisung nicht erforderlich.

4. Vor den kantonalen Gerichten hatte der Kläger zu Begründung seines Anspruches neben den Bestimmungen über Firmenschutz und den Art. 50 u. ff. O.-R. auch die Vorschriften des eidgenössischen Markenschutzgesetzes angerufen; heute hat er hieran nicht mehr festgehalten und zwar offenbar mit Recht nicht, da es sich in concreto in keiner Weise um Markenschutz d. h. um den Schutz von Herkunftsbezeichnungen handelt, welche auf

Waaren oder deren Verpackung angebracht werden. Es kann sich in That und Wahrheit nur fragen, ob nicht eine Klage aus Art. 868 und 876 O.-R. oder aus Art. 50 u. ff. O.-R. begründet sei.

5. Was nun vorerst die Frage anbelangt, ob der Beklagte einen Eingriff in das Firmenrecht des Klägers begangen habe, so ist zu bemerken: Sowohl der Kläger als der Beklagte sind alleinige Inhaber ihrer Geschäfte; sie betreiben dieselben als Einzelgewerbebetreibende. Ihre Firma darf daher nach Art. 867 O.-R. nur in ihrem Familiennamen mit oder ohne Vornamen bestehen, wobei lediglich Zusätze zu näherer Bezeichnung der Person oder des Geschäftes statthaft sind. Die Firma des Klägers, wie sie in das Handelsregister eingetragen ist, lautet demgemäß, „Ad. Danioth, Grand Hôtel Andermatt," die Firma des Beklagten, nach dem Registereintrage vom 27. Dezember 1890, einfach „Sebastian Christen-Kesselbach"; einen auf die Bezeichnung des Geschäfts bezüglichen Zusatz enthält die letztere nicht. Denn die im Registereintrage enthaltene Bemerkung über die Natur des Geschäftes (daß dasselbe im Betriebe des Hôtel Bellevue und dessen Dependenzen bestehe) bildet keinen Bestandtheil der Firma. Es ist auch nicht nachgewiesen, daß etwa der Beklagte im Verkehre sich thatsächlich einer andern Firma als der eingetragenen bedient d. h. sich beim Abschluße von Geschäften einen andern Namen, als eben den Namen Sebastian Christen-Kesselbach, welcher seinen bürgerlichen Namen und seine eingetragene Firma bildet, beigelegt habe. Danach ist denn klar, daß von einer Anwendung des Art. 876 O.-R. keine Rede sein kann, da die Firma des Beklagten Sebastian Christen-Kesselbach mit derjenigen des Klägers Ad. Danioth Grand Hôtel Andermatt nicht das Mindeste gemein hat. Wenn übrigens auch die Firma des Beklagten einen das Geschäft näher bezeichnenden Zusatz, wie Grand Hôtel Bellevue u. dergl. enthielte, so könnte doch von einer Verletzung eines klägerischen Firmenrechts nicht die Rede sein. Denn auch in diesem Falle wären die beiden Firmen Ad. Danioth Grand Hôtel Andermatt einerseits und Sebastian Christen-Kesselbach Grand Hôtel Bellevue andrerseits wesentlich verschieden. In That und Wahrheit beschwert sich denn auch der Kläger

nicht sowohl darüber, daß der Beklagte seine Firma als daß er sein Gasthofschild nachgeahmt habe, und ruft er die Bestimmungen über Firmenschutz lediglich deßhalb an, weil er das Gasthofschild, die Gasthofbezeichnung, als Firma betrachtet. Dies ist indeß unrichtig. Firma und Gasthofschild sind verschiedene Begriffe. Die Firma im juristischen Sinne ist der Name, welchen ein Geschäftsinhaber in seinem Geschäftsbetrieb sich beilegt; sie enthält die Bezeichnung der Person des Geschäftsinhabers, nicht diejenige des von diesem betriebenen Geschäfts, und muß danach für physische Personen in dem bürgerlichen Namen der Person mit oder ohne Zusatz bestehen. Das Gasthofschild dagegen enthält nicht die Bezeichnung des Geschäftsinhabers sondern die (frei gewählte) Benennung des Etablissements, des von ersterm betriebenen Geschäfts. Die gesetzlichen Regeln über Firmenschutz finden also auf Gasthofschilder keine Anwendung. Dagegen ist allerdings anzuerkennen, daß nach schweizerischem Rechte auch Gasthofschilder geschützt sind. Nach den Grundsätzen über die Unzulässigkeit der concurrence déloyale, wie sie dem Art. 50 u. ff. O.-R. zu Grunde liegen, ist ein Gasthofbesitzer berechtigt, Dritten die Führung eines dem seinigen täuschend ähnlichen Gasthofschildes am gleichen Orte zu verbieten und für einen ihm durch derartige unredliche Konkurenz verursachten Schaden Ersatz zu verlangen. Es muß demnach geprüft werden, ob die Klage nicht unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte begründet sei. Auch dies ist indeß zu verneinen. Als Namen des klägerischen Geschäfts ist Grand Hôtel Andermatt zu betrachten. Der Beklagte gebraucht für seinen Gasthof, zwar nicht auf den an dem Gasthofgebäude angebrachten Tafeln, wohl aber in Karten u. dergl. das Schild (die Bezeichnung) « Grand Hôtel Bellevue ». Diese Namen, Grand Hôtel Andermatt einerseits, Grand Hôtel Bellevue andrerseits, sind aber wesentlich verschieden. Das Beiwort « Grand » bezeichnet einfach eine Eigenschaft des Gasthofes; ein Recht auf den ausschließlichen Gebrauch dieses Wortes kann gewiß ebensowenig erworben werden als auf den Gebrauch der Bezeichnung Hôtel (im Gegensatz zu Gasthaus u. dergl.). Es muß vielmehr jedem Gasthofbesitzer freigestellt bleiben, dieses schmückende Beiwort seinem Gasthof ebenfalls beizulegen; verlangt kann nur werden, daß er diesem einen

Namen gebe, welcher ihn von andern am gleichen Orte bestehenden Grands Hôtels deutlich unterscheide. Dies ist aber hier geschehen, da die Namen Grand Hôtel Bellevue und Grand Hôtel Andermatt sich gewiß deutlich unterscheiden. Wie sich aus den aufgelegten Reisehandbüchern ergibt, bestehen denn auch anderwärts am gleichen Orte vielfach mehrere Gasthöfe, welche sich das Prädikat Grand Hôtel beilegen, nebeneinander, ohne daß hierüber jemals eine Streitigkeit entstanden wäre. Selbst wenn der Kläger, was nicht der Fall ist, seinen Gasthof Grand Hôtel schlechtweg, ohne Zusatz, benannt hätte, so hätte er dadurch doch nicht das Recht erworben, einem andern Gasthofbesitzer den Gebrauch der Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue u. dergl. zu untersagen; er dürfte in diesem Falle zwar berechtigt sein, die Bezeichnung Grand Hôtel schlechtweg zu verbieten, nicht dagegen die Beifügung des Prädikates Grand Hôtel zu einem andern Hotelnamen. Denn Grand Hôtel für sich allein genommen, ist offenbar etwas anderes als Grand Hôtel mit Beifügung eines Namens; in ersterm Falle ist Grand Hôtel als Individualbezeichnung, gewissermaßen als selbständiger Eigenname, gebraucht, in letzterm sind die Worte Grand Hôtel lediglich ein der Gasthofbenennung beigefügtes Prädikat, welches von Niemandem monopolisirt werden kann.

6. Ist danach die Klage abzuweisen, so erscheint die Widerklage, welche nach der Entscheidung der Vorinstanzen als prozeßualisch zulässig betrachtet werden muß, ohne weiters insofern als begründet, als sie die Anerkennung des Rechts des Beklagten anbelangt, die bisher von ihm geführten Affischen mit der Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue weiter zu gebrauchen. Dagegen ist im übrigen auf dieselbe nicht einzutreten, da Hôtel Bellevue, wie aus dem obigen hervorgeht, überhaupt keine zulässige, für den Beklagten eintragsfähige Firma ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird dahin als begründet erklärt, daß, in Abänderung des angefochtenen Urtheils und unter Abweisung der Beschwerde des Klägers, die klägerischen Rechts-

begehren abgewiesen werden und das Widerklagsbegehren in dem Sinne gutgeheißen wird, daß Beklagter berechtigt ist, die bisherigen Affischen u. s. w. mit der Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue weiterzuführen; im Uebrigen wird auf die Widerklage nicht eingetreten.

IV. Ausdehnung der Haftpflicht. — Extension de la responsabilité civile.

81. Urtheil vom 17. Juli 1891 in Sachen Häring gegen Meuri.

A. Durch Urtheil vom 22. Mai 1891 hat das Obergericht des Kantons Baselandschaft erkannt:

1. Es wird das Urtheil des Bezirksgerichtes Arlesheim vom 26. März 1891 in der Weise abgeändert, daß dem Kläger Appellaten eine Entschädigungssumme von 4331 Fr. 70 Cts. sammt Zins à 5 % seit dem Unfalle zugesprochen wird.

2. In Bezug auf die Verpflegungskosten wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt.

3. Zu Gunsten des Klägers sowohl als des Beklagten wird im Sinne von Art. 8 des Haftpflichtgesetzes der Vorbehalt aufgenommen, auf die Entschädigungssumme zurückzukommen, falls der Zustand des Klägers sich in der Folge besser oder schlimmer gestalten würde, als in dem Urtheile des Bezirksgerichtes Arlesheim angenommen ist.

4. Die ergangenen ordentlichen Kosten beider Instanzen trägt der Beklagte Appellant.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urtheils die zu Gunsten des Klägers gesprochene Entschädigung auf den Betrag von 5331 Fr. 70 Cts. sammt Zins à 5 % seit dem Unfalle festzustellen, im Uebrigen das obergerichtliche Urtheil zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Anwalt des Beklagten dagegen bestreitet in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes; eventuell erklärt er sich, sofern dies noch zulässig sei, der gegnerischen Appellation anschließen zu wollen, in dem Sinne, daß er den Posten von 50 Fr. für Verpflegungskosten bestreite, Streichung des Vorbehaltes zu Gunsten des Klägers beantrage und insbesondere verlange, daß der Beklagte von den ordentlichen Kosten zweiter Instanz entlastet werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der 38 Jahre alte Kläger war mit einem durchschnittlichen Taglohn von 4 Fr. in dem dem Haftpflichtgesetze unterstehenden Gewerbe des Beklagten als Zimmermann beschäftigt. Am 1. Juli 1890 stürzte er beim Abreißen der Sängerfesthütte in Arlesheim vom Dache aus einer Höhe von circa fünf Meter rücklings auf den Boden. Dabei erlitt er eine Verletzung des Rückgrates, in Folge welcher er zehn Wochen lang arbeitsunfähig war und über deren weitere Folgen der gerichtliche Experte, Professor Dr. Socin, sich dahin ausspricht: Obgleich die objektiven Krankheitserscheinungen nicht ausgesprochen seien und eine ganz sichere Diagnose nicht gestatten, so sei doch anzunehmen, daß Häring eine Quetschung des untern Theils der Wirbelsäule, vielleicht mit Erschütterung des Lendenmarks erlitten habe und daß die Beschwerden, über die er klage, eine direkte Folge dieser Verletzung seien. Es scheine unzweifelhaft, daß sein jetziger Zustand die Erwerbsfähigkeit des Verletzten bedeutend vermindere und daß er gänzlich außer Stande sei, als Zimmermann zu arbeiten. Wie lange dieser Zustand noch andauern werde, lasse sich auch annähernd nicht bestimmen. Der Kläger verlangte vom Beklagten für den durch den Unfall erlittenen Schaden folgende Entschädigungen:

1. Den Taglohn während der Dauer der vollständigen Arbeitsunfähigkeit, 61 Tage à 4 Fr.	Fr.	244 —
2. Arztkosten	„	37 70
3. Verpflegungskosten während 10 Wochen à 5 Fr.	„	50 —
4. Für bleibenden Nachtheil	„	5000 —
Zusammen . .	Fr.	5331 70

Der Beklagte bestritt grundsätzlich seine Haftpflicht nicht; er anerkannte die beiden ersten Forderungsposten, bestritt dagegen die Forderung von 50 Fr. für Verpflegungskosten, weil der Kläger in seiner Familie verpflegt worden sei, also keine diesbezüglichen Auslagen gehabt habe, und die Forderung von 5000 Fr. für bleibende Nachtheile als übersetzt. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Arlesheim, hat, indem sie eine vom Kläger beabsichtigte Erhöhung seiner Forderung um 1000 Fr. als prozeßualisch unzuläßig zurückwies, dem Kläger sein ursprüngliches Rechtsbegehren in vollem Umfange zugesprochen und zwar „ein für allemal (vorbehaltlos)", indem sie rücksichtlich der bestrittenen Posten ausführte: Da der Kläger zugestandenermaßen während 10 Wochen völlig arbeitsunfähig gewesen sei, so habe er während dieser Zeit besonderer Pflege und Abwartung bedurft, die in gesundem Zustande unnöthig gewesen wären. Es sei für die Beurtheilung dieser Forderung gleichgültig, ob der Kläger sich im Spitale habe verpflegen lassen oder durch seine eigenen Anverwandten. Die Forderung von 50 Fr. sei auch keineswegs zu hoch gegriffen. Was die Entschädigung für bleibende Nachtheile anbelange, so sei davon auszugehen, daß den Beklagten kein Verschulden treffe. Die dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit, wie das ärztliche Zeugniß sie konstatire, müsse nun aber, da Kläger den Zimmermannsberuf nicht mehr ausüben könne, auf wenigstens die Hälfte angeschlagen werden, was einem jährlichen Verdienstausfalle von 600 Fr. entspreche. Um eine lebenslängliche Rente von diesem Betrage zu erwerben, bedürfe es für den Kläger eines Kapitals von 9600 Fr. und es sei daher die eingeklagte Summe von 5000 Fr. nicht zu hoch gegriffen.

Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Appellation an das kantonale Obergericht, indem er Reduktion der zugesprochenen Summe und Aufhebung des Urtheils in Bezug auf die Verpflegungskosten von 50 Fr. verlangte und im Fernern beantragte, es solle sowohl dem Beklagten als dem Kläger gestattet sein, für den Fall einer Verbesserung oder Verschlimmerung des Zustandes des Verletzten auf die Entschädigungssumme zurückzukommen. Der Kläger beantragte Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils in Bezug auf die zugesprochene Entschädi-

gung, verlangte dagegen, es solle ihm für den Fall, daß seine Erwerbsunfähigkeit eine größere würde, als die Erstinstanz angenommen, ebenfalls gestattet sein, auf die Forderung zurückzukommen. Die zweite Instanz hat in ihrem Fakt. A erwähnten Urtheile mit Rücksicht darauf, daß der Unfall ein zufälliger sei und die Verletzung nicht zu den schwersten gehöre, die Entschädigung für bleibende Verminderung der Erwerbsfähigkeit auf 4000 Fr. reduzirt; sie hat im Fernern zu Gunsten beider Parteien einen Vorbehalt im Sinne des Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes aufgenommen, im Uebrigen dagegen die erstinstanzliche Entscheidung bestätigt.

2. Der Beklagte bestreitet die Kompetenz des Bundesgerichtes deßhalb, weil nach der Streitlage vor der zweiten Instanz der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. nicht gegeben sei; denn die Differenz zwischen den beidseitigen Anträgen vor zweiter Instanz habe nicht 3000 Fr. sondern höchstens 2000 Fr. betragen können. Diese Einwendung ist nicht begründet. Der Beklagte hat freilich die klägerische Forderung von 5000 Fr. für Verminderung der Erwerbsfähigkeit von Anfang an nicht grundsätzlich sondern nur dem Maße nach bestritten; er hat aber niemals einen bestimmten Theil derselben verbindlich anerkannt, wie ihm dies offenbar oblag, wenn er die Streitsumme auf einen Betrag von unter 3000 Fr. beschränken wollte. Nach dem Inhalte der vor der zweiten Instanz von den Parteien wirklich gestellten Anträge kann um so weniger gesagt werden, der gesetzliche Streitwerth sei nicht gegeben, als der Beklagte auf Aufnahme eines Vorbehaltes im Sinne des Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes zu Gunsten beider Parteien angetragen hatte, während der Kläger einen solchen jedenfalls zu *seinen* Gunsten aufgenommen wissen wollte, also auch der Werth dieser Vorbehalte bei der Streithwertsberechnung in Betracht kommt (siehe Entscheidung in Sachen Bruhin gegen Rietmann & Cie. Amtliche Sammlung XVI, S. 350 Erw. 2).

3. Ist somit auf die Beschwerde des Klägers einzutreten, so erscheint aber auch die vom Beklagten heute eventuell, für den Fall ihrer Statthaftigkeit eingelegte Anschlußbeschwerde gemäß der konstanten Praxis des Bundesgerichtes als statthaft.

4. In der Sache selbst ist zunächst, entgegen der Beschwerde

des Beklagten, die vorinstanzliche Entscheidung in Betreff der Verpflegungskosten ohne weiters aus den von der Vorinstanz angeführten, vom Beklagten nicht widerlegten Gründen zu bestätigen.

5. Was sodann die Entschädigung für Schmälerung der Erwerbsfähigkeit anbelangt, so muß dieselbe gemäß dem gegenwärtigen, von den Vorinstanzen festgestellten Zustande auf Grund der Annahme bemessen werden, der Kläger sei zu Ausübung des Zimmermannsberufes und überhaupt schwerer Arbeiten unfähig geworden. Dies bedingt eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit, wenn auch vielleicht nicht, wie die erste Instanz angenommen hatte, um die Hälfte, so doch jedenfalls um ungefähr einen Drittheil. Dem danach dem Kläger entstandenen Einkommensausfall von jährlich 400 Fr. entspricht bei dem Alter des Klägers ein Rentenkapital von circa 6600 Fr. Allein, wenn dem auch so ist, so kann doch eine Erhöhung der vorinstanzlich gesprochenen Entschädigung nicht erfolgen, sondern ist die vorinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Zunächst nämlich wäre, auch abgesehen von der gesetzlichen Beschränkung der Haftpflicht der Gewerbeunternehmer, zu berücksichtigen, daß der Kläger auch ohne den Unfall wohl kaum während der ganzen muthmaßlichen Dauer seines Lebens voll arbeitsfähig geblieben wäre und daß der Besitz eines Kapitals ihn in manchen Beziehungen vortheilhafter stellt, als er früher gestellt war, so daß aus diesen Gründen die ihm zu sprechende Kapitalentschädigung nicht auf den vollen Betrag des dem Einkommensausfalle entsprechenden Rentenkapitals festgesetzt werden könnte. Sodann aber fällt wesentlich in Betracht: Nach Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes ist, von den Fällen strafrechtlichen Verschuldens des Unternehmers abgesehen, die Entschädigungspflicht der Gewerbeunternehmer für Betriebsunfälle ziffermäßig begrenzt, indem die Entschädigung weder den Betrag des sechsfachen Jahresverdienstes des Geschädigten noch die Summe von 6000 Fr. übersteigen darf. Nach Art. 5 litt. a leg. cit. wird im Fernern die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers in billiger Weise reduzirt wenn die Tödtung oder Verletzung aus Zufall eingetreten ist. Nach diesen Gesetzesbestimmungen kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß bei zufälligen Beschä-

digungen, auch wenn der eingetretene wirkliche Schaden ein erheblich höherer sein sollte, niemals das gesetzliche Maximum der Entschädigung zugesprochen werden darf, sondern immer eine billige Reduktion Platz greifen, d. h. von dem gesetzlichen Entschädigungsmaximum mit Rücksicht auf die Zufälligkeit der Beschädigung ein angemessener Abstrich gemacht werden muß. Wenn der Anwalt des Klägers behauptet hat, der Abstrich sei, bei einer, das gesetzliche Maximum übersteigenden Schadenssumme von dieser und nicht von der gesetzlichen Maximalsumme zu machen, so ist diese Ansicht gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes nicht haltbar. Das Gesetz bestimmt ja ausdrücklich, daß bei zufälligen Beschädigungen die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers in billiger Weise reduzirt werde. Diese Ersatzpflicht aber ist ohnehin für alle Fälle, wo nicht strafrechtliches Verschulden des Haftpflichtigen vorliegt, durch das gesetzliche Maximum begrenzt; wenn also, gemäß dem Willen des Gesetzes, dann wenn der Unternehmer, abweichend vom gemeinen Rechte, auch für den Zufall haftbar gemacht wird, eine Minderung seiner Haftpflicht Platz greifen soll, so kann dies für Fälle, wo der wirkliche Schaden das gesetzliche Maximum erreicht oder übersteigt, nichts anderes bedeuten, als daß alsdann von dem gesetzlichen Maximum ein angemessener Abstrich gemacht werde. Nun war im vorliegenden Falle die Verletzung des Klägers unbestrittenermaßen eine zufällige, weder vom Kläger noch vom Beklagten oder dessen Leuten irgend verschuldete. Es muß daher die in Art. 5 litt. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorgesehene Reduktion der Entschädigung Platz greifen. Wird dies berücksichtigt, so erscheint, in Würdigung aller Umstände, die zweitinstanzlich für Minderung der Erwerbsfähigkeit gesprochene Entschädigung von 4000 Fr. respektive mit Einrechnung der anerkannten Entschädigung von 244 Fr. für vorübergehende gänzliche Arbeitsunfähigkeit von 4244 Fr., als den Verhältnissen angemessen.

6. Daß zu Gunsten des Beklagten ein Vorbehalt im Sinne des Art. 8 des Haftpflichtgesetzes gemacht werde, ist vom Kläger nicht angefochten und entspricht der Aktenlage. Was den vom Beklagten angefochtenen Vorbehalt zu Gunsten des Klägers anbelangt, so ist klar, daß derselbe der praktischen Bedeutung ent-

behrt, da der Kläger das Maximum der Entschädigung erhält, welche er nach dem Gesetze (unter Berücksichtigung des Reduktionsgrundes des Zufalls) überhaupt erhalten kann. Allein es ist nichtsdestoweniger auf die sachbezügliche Beschwerde des Beklagten nicht einzutreten, da dieselbe im Widerspruche mit dem eigenen, von zweiter Instanz gestellten Antrage desselben steht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Basellandschaft vom 22. Mai 1891 sein Bewenden.

---

82. Urtheil vom 17. Juli 1891 in Sachen Heußer gegen Braschler.

A. Durch Urtheil vom 31. März 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 500 Fr. nebst Zins à 5 % seit 28. Juli 1890 zu bezahlen; mit ihrer Mehrforderung ist die Klägerin abgewiesen.

2. Die Staatsgebühr für die zweite Instanz ist auf 40 Fr. festgesetzt. Die übrigen Kosten betragen: 10 Fr. 80 Cts. Schreibgebühr, 1 Fr. 20 Cts. Citationsgebühr, 2 Fr. 10 Cts. Porto, 20 Fr. Expertengebühr.

3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind der Beklagten auferlegt, dagegen wird der Klägerin eine Prozeßentschädigung nicht zugesprochen.

4. Die der Beklagten erstinstanzlich zugesprochene Prozeßentschädigung ist aufgehoben.

5. U. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. In schriftlicher Eingabe vom 4. Mai 1891 meldet ihr Vater in ihrem Namen folgende Anträge an:

1. Anordnung einer Ergänzung des Gutachtens des Professors Eichhorst darüber, ob die Klägerin nicht lebenslänglich gänzlich arbeitsunfähig sei und im Falle Professor Eichhorst sich darüber nicht definitiv auszusprechen vermöge, Anordnung einer Oberexpertise.

2. Aufhebung des Erkenntnisses der Appellationskammer vom 31. März laufenden Jahres und Gutheißung des Forderungsanspruches von 3000 Fr. nebst Zinsen à 5 % vom Datum der Weisung an und Zusprechung angemessener Prozeßentschädigung und zwar in Berücksichtigung der großen Baarauslagen, Bemühungen und Zeitversäumnisse. Er behauptet, den damaligen Anwalt der Klägerin beauftragt zu haben, das Gesuch um Ergänzung des Gutachtens respektive Anordnung einer Oberexpertise vor zweiter Instanz zu stellen, was dieser aber nicht gethan habe. Ferner hat die Klägerin dem Bundesgerichte eine ausführliche „Vertheidigungsschrift", begleitet von einigen Zeugnissen, eingesandt. Mit Zuschrift vom 13. Juli 1891 zeigte der Vater der Klägerin dem Bundesgerichte überdem an, daß er nicht in der Lage sei, in der mündlichen Verhandlung zu erscheinen oder sich vertreten zu lassen, indem er den Antrag auf abermalige ärztliche Untersuchung seiner Tochter erneuert und beifügt, unter allen Umständen erbitte er, ihr das Recht vorzubehalten, eventuell nochmals gegen die Beklagte vorzugehen.

Die Beklagte hat auf die mündliche Verhandlung ebenfalls verzichtet, mit der Erklärung, daß sie auf Abweisung der Appellation unter Kostenfolge für die Gegenpartei antrage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Verhandlung in der bundesgerichtlichen Instanz eine mündliche ist, und nur die Anträge schriftlich eingereicht werden dürfen, auch neue thatsächliche Behauptungen oder Beweismittel in derselben unzuläßig sind, so kann auf die von der Klägerin eingereichte „Vertheidigungsschrift" und deren Beilagen keine Rücksicht genommen werden. Ebenso ist der Antrag auf Ergänzung der Expertise oder Anordnung einer Oberexpertise nach Art. 30 O.-G. unzuläßig, da er vor der zweiten Instanz, gleichviel aus welchem Grunde, nicht gestellt worden ist. Das Bundesgericht hat demnach seine Entscheidung ohne weiters auf Grund der Akten und Feststellungen der Vorinstanz zu fällen.

2. In der Sache selbst ist zu bemerken: Die damals 14 Jahre alte Klägerin, welche in der Baumwollspinnerei der Beklagten mit einen Taglohn von 1 Fr. 43 Cts., also einem Jahresverdienste von 429 Fr. angestellt war, erlitt am 5. September 1887 im Betriebe der Fabrik einen Unfall, welcher eine Kommotion der untern Theile des Rückenmarkes zur Folge hatte. Durch letztinstanzliche Entscheidung vom 17. September 1889 sprach ihr die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich für Heilungskosten und Arbeitsunfähigkeit während der Zeitdauer vom 5. September 1887 bis 5. September 1890 eine Entschädigung von 1000 Fr. zu, in der Meinung, daß ihr das Recht der Nachklage im Sinne des Art. 8 des eidgenössischen Fabrikhaftpflichtgesetzes gewahrt bleibe. In der Begründung ist ausgeführt, daß nach den eingeholten medizinischen Gutachten die Arbeitsfähigkeit der Klägerin zur Zeit eine beschränkte sei, daß aber der Grad und insbesondere die Dauer dieses Zustandes nicht hinlänglich feststehe. Bei dieser Unsicherheit über die Folgen des Unfalles rechtfertige es sich, der Klägerin das Recht der Nachklage zu wahren und die Entschädigung gegenwärtig nur für diejenige auf drei Jahre zu veranschlagende Zeit zu bemessen, während welcher die beschränkte Arbeitsfähigkeit muthmaßlich dauern werde. Für diese Dauer von drei Jahren dürfe die Schmälerung der Arbeitsfähigkeit auf durchschnittlich die Hälfte veranschlagt werden. Gemäß Weisung vom 28. Juli 1890 erhob die Klägerin Nachklage auf Bezahlung von 3000 Fr. nebst Zinsen à 5 % vom Datum der Weisung, indem sie behauptete, ihr Zustand habe sich verschlimmert; sie sei nunmehr gänzlich arbeitsunfähig und eine Besserung sei nicht vorauszusehen. Die erste Instanz, Bezirksgericht Hinweil, legte dem Experten Professor Eichhorst die Frage vor, ob sich der Gesundheitszustand der Klägerin verschlimmert habe; der Experte verneinte diese Frage und konstatirte im Gegentheil eine Besserung desselben. Daraufhin wies das Bezirksgericht die Klage ab. Die Vorinstanz, dagegen hat in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt, nachdem sie ein Ergänzungsgutachten des Experten eingeholt hatte, welches sich dahin ausspricht: Der krankhafte Zustand der Klägerin dauere zwar auch über den 5. September 1890 hinaus fort, habe sich aber in

wesentlicher Weise gebessert; ein bestimmter Zeitraum, bis zu welchem eine gänzliche Heilung eingetreten sein werde, lasse sich nicht angeben, weil Erschütterungen des Rückenmarks in ihren Folgen sehr ungleich verlaufen und mitunter für das ganze Leben krankhafte Ueberreste zurückbleiben. Bei ihrer letzten Untersuchung durch den Experten im Dezember 1890 sei die Klägerin zu schwerer körperlicher Arbeit und namentlich auch zu Fabrikarbeit untauglich gewesen oder hätte bei Ausführung solcher Arbeiten doch jedenfalls riskirt, daß die Erscheinungen der Rückenmarkserschütterung wieder stärker sich bemerkbar machen müssen. In ihrer Fähigkeit zu Hand- und leichten Hausarbeiten sei sie dagegen nicht beschränkt gewesen. Die Vorinstanz führt aus: Die erste Instanz gehe von einer unrichtigen Auffassung des Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes und des obergerichtlichen Urtheils von 1889 aus. Der Vorbehalt, den Art. 8 cit. dem Richter zu Gunsten des Verletzten zu machen gestatte, beziehe sich nicht nur auf Fälle, bei denen die Folgen des Unfalles in ihrer Intensität bedeutender seien, als der Richter zur Zeit der Urtheilsfällung habe voraussehen können, sondern ebensogut auch auf diejenigen, bei denen diese Folgen länger dauern als ursprünglich angenommen wurde. Dies sei auch der Standpunkt des frühern obergerichtlichen Urtheils. Danach sei die Nachklage, mit Rücksicht auf die Ergebnisse des Expertengutachtens, prinzipiell begründet. Da der Experte auch jetzt über die muthmaßliche Dauer des Krankheitszustandes keine bestimmten Angaben zu machen vermöge, so läge der Gedanke nahe, der Klägerin neuerdings nur für einen bestimmten Zeitraum eine Entschädigung zuzumessen und abermals einen Vorbehalt im Sinne des Art. 8 zu machen. Allein abgesehen davon, daß die Zulässigkeit eines solchen wiederholten Vorbehaltes sehr fraglich sei, liege es offenbar im Interesse beider Parteien, die Schadenersatzansprüche der Klägerin ein für allemal definitiv zu regeln. Dabei sei das frühere Urtheil nur insofern zu korrigiren, als sich dessen Annahmen positiv als unrichtig herausgestellt haben, was nur bezüglich der Annahme der Fall sei, daß die Folgen des Unfalles bis 5. September 1890 sich ganz verlieren werden. Es sei also insbesondere, wie im frühern Urtheile, die Entschädigung auf Grund desjenigen Jahresverdienstes

zu bemessen, welchen die Klägerin zur Zeit des Unfalles gehabt habe. Im Weitern dürfe nach dem bisherigen Verlaufe der Krankheit angenommen werden, daß die Arbeitsfähigkeit der Klägerin sich successive erhöhen und der Krankheitszustand binnen einer gewissen, wenn auch vielleicht längern, Reihe von Jahren vollständig verschwinden werde. Wie groß man diese Zahl von Jahren ansetze, sei insofern ohne Einfluß auf die Höhe der Entschädigung, als natürlich die durchschnittliche Verminderung, der Erwerbsfähigkeit um so geringer angenommen werden müsse, je länger die Zeitdauer der Heilung angenommen werde. Da im frühern Urtheile die Verminderung der Erwerbsfähigkeit der Klägerin für die Zeit bis 5. September 1890 auf die Hälfte angesetzt werde, seither aber eine Besserung eingetreten sei, so dürfte es selbst unter Voraussetzung des denkbar ungünstigsten Verlaufes der Krankheit weit genug gegangen sein, wenn noch während weitern fünf Jahren eine durchschnittliche Verminderung der Arbeitsfähigkeit um einen Dritttheil oder während zehn Jahren eine solche um einen Sechstheil angenommen werde. Danach ergebe sich, unter Berücksichtigung der früher gesprochenen Entschädigung von 1000 Fr. ein Entschädigungsbetrag von 522 Fr. 30 Cts., der in Berücksichtigung der Vortheile einer Kapitalabfindung auf die runde Summe von 500 Fr. zu reduziren sei.

3. Nachdem die Beklagte ihrerseits die Weiterziehung nicht ergriffen hat, ist die prinzipielle Statthaftigkeit der Nachklage nicht mehr bestritten. Uebrigens wäre in dieser Richtung der Auffassung der Vorinstanz unbedenklich beizutreten. Ein gemäß Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes zu Gunsten des Verletzten gemachter Vorbehalt umfaßt gewiß auch diejenigen Fälle, wo die Gesundheitsschädigung in Bezug auf ihre Dauer, wenn auch nicht auf ihre Intensität, sich als bedeutender herausstellt, denn im ersten Urtheile angenommen wurde. Ebenso ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß die der Klägerin zu gewährende Entschädigung nunmehr definitiv festzusetzen und nicht nochmals die Nachklage vorzubehalten ist. Selbst wenn dies, was dahingestellt bleiben mag, gesetzlich statthaft sein sollte, so ist doch klar, daß nach Sinn und Geist des Gesetzes ein solcher wiederholter Vorbehalt jedenfalls nur ganz ausnahmsweise gemacht werden darf, liegt es ja doch

in aller Regel, und so gewiß auch hier, im wahren Interesse beider Parteien, daß das Verhältniß durch das Urtheil endgültig geregelt und nicht durch einen wiederholten Vorbehalt neuen Prozessen gerufen werde. Ist somit insoweit der Vorinstanz beizutreten, so erscheint dagegen die von ihr ausgeworfene Entschädigung als zu gering bemessen. Die vorinstanzliche Entscheidung legt der Bemessung der Entschädigung einfach den Tagesverdienst der Verletzten vor dem Unfalle zu Grunde. Dies erscheint aber nicht als richtig. Denn zur Zeit des Unfalles zählte die Klägerin erst 14 Jahre, ihre Arbeitsfähigkeit war also noch nicht voll entwickelt und es ist erfahrungsgemäß gewiß anzunehmen, daß ihr Verdienst ohne den Unfall, zwar vielleicht nicht in den allernächsten Jahren, wohl aber vom 17. oder 18. Jahre an sich gesteigert, sie von da an den höhern Lohn einer erwachsenen Fabrikarbeiterin ihrer Branche, der doch wohl auf etwa 2 Fr. wird veranschlagt werden können, verdient hätte. Nachdem nun feststeht, daß die Klägerin über ihr achtzehntes Jahr hinaus in ihrer Arbeitsfähigkeit beschränkt sein wird, muß diesem Umstande Rechnung getragen und schon aus diesem Grunde die Entschädigung erhöht werden. Sodann fällt in Betracht, daß gegenwärtig die Beschränkung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin noch eine nicht unerhebliche ist, da sie gegenwärtig noch schwere Arbeiten ohne Risiko nicht verrichten kann. Allerdings ist anzunehmen, daß diese Beschränkung im Laufe der Zeit nach und nach sich vermindern und aller Wahrscheinlichkeit nach schließlich ganz verschwinden wird; allein mit Rücksicht darauf, daß doch der gegenwärtige Zustand noch während längerer Zeit wesentlich unverändert andauern kann, ist der Klägerin, nachdem die Entschädigung definitiv festgesetzt werden soll, eine ausgiebigere Entschädigung, als die Vorinstanz sie festsetzt, zu bewilligen. Endlich ist auch darauf hinzuweisen, daß der Unfall, nach der frühern Entscheidung der Appellationskammer, kein zufälliger, sondern durch einen Vicespinner, für den die Beklagte einzustehen hat, ohne Mitverschulden der Klägerin, verschuldeter war, so daß ein Reduktionsgrund der Entschädigung hier nicht vorliegt. Werden alle diese Momente in Berücksichtigung gezogen, so erscheint es als angemessen, die Entschädigung auf 1000 Fr. zu erhöhen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird dahin als begründet erklärt, daß die Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin eine Entschädigung von 1000 Fr. nebst Zins à 5 % seit 28. Juli 1890 zu bezahlen, wogegen die Klägerin mit ihren weitergehenden Anträgen abgewiesen wird.

---

83. Urtheil vom 11. September 1891 in Sachen Büchi gegen Brunner.

A. Durch Urtheil vom 27. Mai 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin außer den bereits bezahlten 50 Fr. weitere 500 Fr. Schadenersatz aus Haftpflicht nebst Zins à 5 % seit dem Tage des Unfalls, 4. Januar 1890 zu bezahlen; mit ihrer Mehrforderung ist die Klägerin abgewiesen.

2. Die Staatsgebühr für die erste Instanz ist auf 40 Fr., diejenige für die zweite Instanz auf 30 Fr. festgesetzt.

3. Die Kosten beider Instanzen sind dem Beklagten auferlegt.

4. Derselbe hat die Klägerin für außergerichtliche Kosten und Umtriebe im Ganzen mit 60 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte die Klägerin und, ihrer Beschwerde sich anschließend, auch der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter der Klägerin, es sei die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung auf 3000 Fr. sammt Zins à 5 % seit dem Tage des Unfalles zu erhöhen, unter Kostenfolge.

Der Vertreter des Beklagten dagegen trägt, für den Fall, daß überhaupt die Weiterziehung an das Bundesgericht als statthaft erscheinen sollte, darauf an, es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die Klage des gänzlichen abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 4. Januar 1890 verunglückte die zwanzigjährige Tochter der Klägerin Babette Büchi, welche seit dem 9. Dezember 1889 in der Fabrik des Beklagten mit einem Taglohn von 1 Fr. 80 Cts. angestellt war, bei Bedienung der Reibmaschine. Im Momente des Unfalles war Niemand zugegen; die Verunglückte wurde, den Kopf zwischen Walze und Bremse eingeklemmt, das Gesicht nach aufwärts gerichtet, todt aufgefunden. Es steht fest, daß die Verunglückte ihren ganzen Verdienst jeweilen ihrer Mutter, der 42 Jahre alten verwittweten Klägerin, mit welcher sie nebst fünf andern Kindern in gemeinsamer Haushaltung lebte, abgegeben hat. Gestützt auf das eidgenössische Fabrikhaftpflichtgesetz belangte die Klägerin den Beklagten auf Bezahlung einer Entschädigung von 6000 Fr. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) hat die Klage abgewiesen, weil sie gestützt auf das von ihr eingeholte Expertengutachten die Einrede des Selbstverschuldens für begründet erachtete. In der zweitinstanzlichen Verhandlung reduzirte die Klägerin ihre Forderung auf 3240 Fr., als den Betrag des sechsfachen Jahresverdienstes der Verunglückten. Die zweite Instanz hat durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil die Klage bis zum Betrage von 500 Fr. für begründet erklärt.

2. Wenn der Beklagte zunächst die Kompetenz des Bundesgerichtes bezweifelt hat, weil der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben sei, so erscheint diese Einwendung als unbegründet. Der Streitwerth bemißt sich nach den Anträgen der Parteien, wie dieselben sich vor der letzten kantonalen Entscheidung gegenüberstanden und demnach ist derselbe im vorliegenden Falle unzweifelhaft gegeben Wenn der Beklagte ausgeführt hat, daß die vor den kantonalen Instanzen gestellte Forderung der Klägerin unmöglich ernst gemeint sein könne, sondern dem Betrage nach offenbar übersetzt sei, so ist darauf zu erwidern, daß für die Streitwerthsberechnung einfach die Anträge der Parteien maßgebend sein müssen und nichts darauf ankommen kann, ob dieselben nach den gesetzlichen Bestimmungen und der Auffassung des Gerichts haltbar sind oder nicht. Der Streitwerthsberechnung müssen diejenigen Forderungen zu Grunde gelegt werden, welche die Parteien in ihren Anträgen stellen; darauf, ob die Parteien sich mehr oder weniger Hoffnung

machten oder machen konnten, mit ihren Forderungen durchzudringen kann nichts ankommen.

3. In der Sache selbst erscheint die vom Beklagten aufgeworfene Einrede des Selbstverschuldens nach dem vorinstanzlich festgestellten Thatbestande ohne weiters als unbegründet. Nach der für das Bundesgericht verbindlichen thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz ist die Ursache des Unfalls überhaupt nicht ermittelt, sondern sind darüber nur Vermuthungen, welche ebensowohl auf einen unglücklichen Zufall als auf ein schuldhaftes Verhalten der Verunglückten führen können, möglich; es ist demnach nicht bewiesen, daß der Unfall in kausaler Beziehung zu einer schuldhaften Handlung oder Unterlassung der Verunglückten stehe. Der Beweis des Haftbefreiungsgrundes des Selbstverschuldens ist somit nicht erbracht; denn dazu bedürfte es des bestimmten Nachweises, daß der Unfall durch ein schuldhaftes Verhalten, eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung, der Verunglückten verursacht sei.

4. Erscheint demnach der klägerische Schadenersatzanspruch prinzipiell als begründet und kann es sich nur um das Quantitativ desselben handeln, so ist dagegen festzuhalten, daß wenn einerseits ein Selbstverschulden der Verunglückten nicht nachgewiesen ist, andrerseits ebensowenig irgend etwas dafür vorliegt, daß der Unfall durch ein Verschulden des Beklagten oder seiner Leute verursacht sei. Der Unfall erscheint somit als ein zufälliger und es greift daher jedenfalls der Reduktionsgrund des Art. 5 litt. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes Platz. Im Uebrigen fällt in Betracht: Es ist festgestellt und nicht bestritten, daß die Getödtete ihrer Mutter, der Klägerin, gegenüber nach kantonalem Rechte unterstützungspflichtig war und daß somit der Klägerin durch den Tod der Verunglückten ein nach dem Gesetze erstattungsfähiger Schaden erwachsen ist. Die Vorinstanz nimmt nun an, daß bisher circa ein Drittheil von dem in die gemeinsame Haushaltung abgegebenen Verdienste der Klägerin, also circa 180 Fr. per Jahr, thatsächlich auf die Erfüllung dieser Unterhaltungspflicht seien verwendet worden. Diese Annahme erscheint nicht als rechtsirrthümlich, sondern entspricht im Gegentheil den Verhältnissen. Hievon ausgegangen erscheint es als angemessen, die der Klä-

gerin zusprechende Entschädigung auf 850 Fr. festzusetzen. Zwar würde bei dem Alter der Klägerin eine lebenslängliche Jahresrente von 180 Fr. nach den Grundsätzen der Rentenanstalten ein erheblich höheres Kapital erfordern. Allein es muß nun in Betracht gezogen werden, daß, wie bereits bemerkt, der Reduktionsgrund des Zufalles vorliegt und daß insbesondere die Unterstützungsbeiträge seitens ihrer Tochter, auf welche die Klägerin rechnen konnte und welche zu fordern sie bei längerm Leben derselben berechtigt gewesen wäre, für den Fall, daß die Tochter sich verheirathet oder auch nur von dem mütterlichen Haushalte getrennt hätte, eine wesentliche Verminderung gegenüber den bisherigen Leistungen erleiden konnten. Werden alle diese Momente in billiger Berücksichtigung gezogen, so erscheint eine Entschädigung von 850 Fr. einerseits als angemessen, andrerseits als genügend, um den Schaden auszugleichen, welchen die Klägerin dadurch erleidet, daß ihr durch den Unfall die Unterstützungsbeiträge ihrer Tochter entzogen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Die Weiterziehung der Klägerin wird, unter Abweisung der Beschwerde des Beklagten, dahin als begründet erklärt, daß der Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin außer den bereits bezahlten 50 Fr. weitere 850 Fr. Schadenersatz aus Haftpflicht nebst Zins à 5 % seit dem Tage des Unfalles, 4. Januar 1890, zu bezahlen; mit ihrer Mehrforderung ist die Klägerin abgewiesen.

2. Dispositiv 2, 3 und 4 des angefochtenen Urtheils sind bestätigt.

---

84. Urtheil vom 19. September 1891 in Sachen Hildebrand gegen Endemann.

A. Durch Urtheil vom 18. Juni 1891 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Beklagter sei nicht gehalten, an Kläger eine Entschädigung

von 5000 Fr. sammt Verzugszins zu bezahlen, sondern es sei die Klage des gänzlichen abgewiesen.

2. In erster Instanz habe der Kläger die Gerichtskosten zu bezahlen, die weitern Kosten seien gegenseitig wettgeschlagen. In zweiter Instanz trage der Kläger sämmtliche Kosten; die persönlichen Parteikosten seien jedoch auch hier gegenseitig wettgeschlagen. Demnach habe der Kläger an den Beklagten eine Kostenvergütung zu leisten von 50 Fr. 10. Cts.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech J. Burri 463 Fr. 70 Cts., inbegriffen 95 Fr. bezahlte erstinstanzliche Gerichts- und Rogatoriumskosten.

b. Beklagter an Herrn Fürsprech Dr. Bucher 305 Fr. 75 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urtheils der Klageschluß in vollem Umfange gutzuheißen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Anwalt des Beklagten trägt auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung hat die Vorinstanz festgestellt: Der Beklagte hat im Eichhof bei Luzern einen Neubau (eine Bierbrauerei und Mälzerei) ausführen lassen. Bei Ausführung dieses Baues hatten die Unternehmer Scheiber & Pflimlin einen Theil der Arbeiten übernommen, während andere Theile des Baues durch andere Unternehmer ausgeführt wurden. Scheiber & Pflimlin beschäftigten durchschnittlich 58 bis 65 Arbeiter, welche sie selbst anstellten und bezahlten. Zu diesen gehörte auch der zwölfjährige, als Handlanger angestellte Sohn des Klägers, Namens Adam. Am 2. September 1889 fiel derselbe, während er mit Pflastertragen beschäftigt war, von einem Baugerüste in den Kellerraum und erlitt dabei so schwere Verletzungen, daß er in Folge derselben schon am nachfolgenden Tage starb.

2. Die Entschädigungsforderung des Klägers stützt sich in erster Linie auf das erweiterte Haftpflichtgesetz (Art. 1 Ziffer 2; Art. 2 und 5). Allein ein Anspruch aus diesem Gesetze besteht

nun dem Beklagten gegenüber, wie auch die Vorinstanz annimmt, jedenfalls nicht. Der Bau, bei dessen Ausführung der Unfall sich ereignete, ist für den eigenen Bedarf des Beklagten, zum Zwecke der Ausübung des Bierbrauergewerbes, erstellt worden. Es könnte sich daher sogar dann, wenn der Beklagte den Bau selbst mit gedungenen Arbeitern (in Regie) ausgeführt hätte, fragen, ob der Beklagte, da er ja ein Baugewerbe nicht betreibe, für diesen Bau gemäß Art. 1 und 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes der gesetzlichen Haftpflicht unterstehe. Allein es mag dies dahin gestellt bleiben. Denn nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann überhaupt keine Rede davon sein, daß der Beklagte den Bau selbst mit von ihm gedungenen Leuten ausgeführt habe; es muß vielmehr angenommen werden, er habe die einzelnen Partien des Baues an Unternehmer vergeben, so speziell die Arbeiten, bei welchen der Unfall sich ereignete, an die Unternehmer Scheiber & Pflimlin und habe selbst nur als Bauherr die Bauausführung überwacht oder überwachen lassen, sowie gelegentlich Weisungen für dieselbe gegeben und einzelne Baumaterialien zur Verfügung gestellt. Es ist ja denn auch, dem entsprechend, der Sohn des Klägers nicht vom Beklagten, sondern von den Unternehmern Scheiber & Pflimlin angestellt und bezahlt worden. Hievon ausgegangen aber ist klar, daß gegenüber dem Beklagten ein Haftpflichtanspruch nicht besteht. Denn nach Art. 1 Ziffer 2 und Art. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes trifft ja die Haftpflicht für Betriebsunfälle in dem Baugewerbe nicht den Bauherrn, sondern den Bauunternehmer. Danach braucht denn nicht untersucht zu werden, ob die weitere Ausführung der Vorinstanz zutreffend sei, daß der Kläger aus dem Haftpflichtgesetze jedenfalls ein Mehreres als den Ersatz von Heilungs- und Beerdigungskosten nicht beanspruchen könnte, weil im Momente des Unfalles der Verunglückte zu Unterstützung seines Vaters nicht verpflichtet gewesen sei (siehe übrigens hierüber Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Weibel gegen Graubünden, Amtliche Sammlung XVI, S. 414 u. ff.).

3. Findet somit die Haftpflichtgesetzgebung keine Anwendung, so muß sich fragen, ob nicht, wie in zweiter Linie behauptet ist, der Beklagte nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, des

Obligationenrechtes, verantwortlich sei. Auch dies ist indeß, nach dem Thatbestande der Vorinstanz, ohne weiteres zu verneinen. Da die Unternehmer Scheiber & Pflimlin nach dem Bemerkten keinenfalls Angestellte oder Arbeiter des Beklagten waren, so kann von vornherein keine Rede davon sein, daß der Beklagte gemäß Art. 62 O.-R. als Geschäftsherr für ein von ihnen etwa begangenes Verschulden verantwortlich wäre. Ueberhaupt mangelt es nach den thatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters an jedem Anhaltspunkte, um den Beklagten, sei es gestützt auf Art. 50 u. ff., speziell Art. 54, sei es etwa gestützt auf den, vom Kläger übrigens nicht angerufenen, Art. 67 O.-R. schadenersatzpflichtig zu erklären. Denn die Vorinstanz stellt fest, es sei nicht bewiesen, daß das Gerüst, von welchem der Sohn des Klägers herunterstürzte, mangelhaft konstruirt gewesen oder daß diese mangelhafte Konstruktion in kausalem Zusammenhange mit dem Unfalle gestanden habe. Danach kann denn der Beklagte, ganz abgesehen davon, daß nicht feststeht, daß er das Gerüst erstellt oder daß dasselbe ihm gehört habe, für den Unfall nicht verantwortlich gemacht werden; es mangelt eben jede thatsächliche Unterlage für die Annahme eines mit dem Unfalle in kausalem Zusammenhange stehenden Verschuldens des Beklagten oder seiner Leute oder einer aus Art. 67 O.-R. entspringenden Verantwortlichkeit desselben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern sein Bewenden.

---

85. Urtheil vom 25. September 1891 in Sachen Meinweg gegen Linder.

A. Durch Urtheil vom 9. Juli 1891 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Der Beklagte ist zur Zahlung von 4692 Fr. 90 Cts. an den

Kläger verurtheilt. Der erstinstanzliche Kostenentscheid wird bestätigt. Die ordentlichen Kosten der zweiten Instanz mit einer appellationsgerichtlichen Urtheilsgebühr von 40 Fr. werden getheilt, wobei die auf den Kläger entfallende Hälfte in Folge des ertheilten Armenrechts dahinfällt. Dem Beklagten bleibt vorbehalten, einen entsprechenden Theil dieser Summe zurückzuverlangen, sofern sich der Zustand des Klägers wesentlich verbessern sollte.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen ursprünglich beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht; der Beklagte hat indeß seine Beschwerde wieder fallen lassen. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter des Klägers, es sei das angefochtene Urtheil aufzuheben und dem Kläger, gemäß dem Urtheile der ersten Instanz, nach Abzug der schon empfangenen 248 Fr. 80 Cts. im ganzen (Arztkosten inbegriffen) eine Entschädigung von 6192 Fr. 50 Cts. zuzusprechen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Anwalt des Beklagten trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Blasius Meinweg, geb. 31. Dezember 1843, war bei dem Beklagten, Baumeister Linder, dessen Geschäft dem Haftpflichtgesetze unterstellt ist, als Maurer angestellt. Er verdiente im Sommer einen Taglohn von 4 Fr. 10 Cts., im Winter einen solchen von 3 Fr. 60 Cts.; sein Jahresverdienst wird demgemäß von den Vorinstanzen auf 1100 Fr. angeschlagen. Am 23. November 1889 arbeitete er an einer Baute in Binningen; er hatte beladene Schnappkarren in einen tiefer gelegenen Raum zu verbringen; zu diesem Zwecke war ein Balkengerüst mit einer Dielenauflage erstellt worden. Als schon mehrere Karren hinübergebracht worden waren, sank das rechte Rad eines beladenen Karrens hinunter, sei es, weil eine Diele des Gerüstes brach, sei es, weil eine solche rutschte und das Rad zwischen zwei Dielen hinuntersank. In Folge dessen erhielt Kläger von der Deichsel des Karrens einen heftigen Schlag an den rechten Oberschenkel. Er konnte nicht mehr weiter arbeiten, mußte sich zu Bette legen und in ärztliche Behandlung begeben und konnte erst Anfangs März 1890 die Arbeit wieder aufnehmen. Am 5. April 1890 mußte er sich wieder zu Bette legen und konnte seither nicht mehr

arbeiten. Nach dem von den Vorinstanzen eingeholten ärzlichen Gutachten des Professors Immermann ist in Folge des Unfalles eine motorische psychische Lähmung des ganzen rechten Beines sowie eine psychische Empfindungslähmung eingetreten, welch letztere sich vom rechten Beine aus in allmälig abnehmender Intensität über die ganze rechte Körperhälfte erstreckt. Zur Zeit ist in Folge dessen die Arbeitsfähigkeit des Klägers aufgehoben. Ob eine Verbesserung oder Verschlimmerung des Zustandes eintreten werde, sei nicht vorauszusagen. Besserungen, ja völlige Heilungen seien bei solchen Zuständen schon beobachtet worden; dagegen zeichnen sie sich sehr häufig durch große Hartnäckigkeit und Neigung zu progressiver Ausbreitung und Verschlimmerung aus. Eine Tendenz zur Besserung habe sich beim Kläger nicht herausgestellt, eher zur Verschlimmerung. Der Fall scheine ein hartnäckiger zu sein, schließe aber die Möglichkeit allmäliger Besserung nicht ganz aus. Der Kläger forderte in erster Instanz, gestützt auf das erweiterte Haftpflichtgesetz, vom Beklagten folgende Entschädigungsbeträge: 1. Für Arztkosten 533 Fr. 40 Cts., worunter 92 Fr. 10 Cts. für ärztliche Behandlung seit Einreichung der Klage; 2. Für entgangenen Arbeitslohn inklusive Kosten für Verpflegung in der Zeit vom 23. November 1889 bis 23. November 1890 881 Fr. 90 Cts.; 3. Für anderweitigen Schaden in Folge Verlusts der Arbeitsfähigkeit 5000 Fr. Dabei hat er auch Aufnahme des Vorbehaltes der Nachklage für den Fall der Verschlimmerung seines Zustandes begehrt. Die erste Instanz hat ihm als Entschädigung für Verlust seiner Arbeitsfähigkeit (worin die Entschädigung für entgangenen Arbeitslohn bis 23. November 1890 inbegriffen ist) das gesetzliche Entschädigungsmaximum von 6000 Fr., abzüglich bereits bezahlter 248 Fr. 50 Cts., daneben die bis zur Klageeinreichung erwachsenen Arztkosten mit 441 Fr. 30 Cts., zusammen 6192 Fr. zugesprochen. Den Antrag auf Aufnahme eines Vorbehaltes zu seinen Gunsten hat sie (da er die höchste gesetzlich zulässige Entschädigung erhalte) abgelehnt, dagegen einen solchen Vorbehalt zu Gunsten des Beklagten aufgenommen. Sie führt aus, daß von der Annahme gänzlicher dauernder Arbeitsunfähigkeit des Klägers ausgegangen werden müsse; es erleide derselbe also in Folge des Unfalles einen jährlichen Ein-

nahmenausfall von 1100 Fr., was, bei seinem Alter, einem Rentenkapital von 16,400 Fr. entspreche. Bei diesem Sachverhalte brauche nicht untersucht zu werden, ob der Unfall einem Zufalle zuzuschreiben sei und ob der Kläger, wie der Beklagte behauptet hatte, schuldhafterweise eine Verschlimmerung seines Zustandes dadurch herbeigeführt habe, daß er einer im Juli 1890 an ihn ergangenen Aufforderung des Beklagten, sich in das Spital zu begeben, nicht Folge geleistet habe. Denn wenn man auch beide erwähnte Momente in ausgiebiger Weise in Rechnung bringen und z. B. annehmen würde, sie rechtfertigen die Reduktion der Entschädigung um die Hälfte, so würde die dem Kläger zu leistende Entschädigung doch noch immer das gesetzliche Maximum von 6000 Fr. übersteigen. Auf Berufung des Beklagten hat die zweite Instanz durch ihr Fakt. A angeführtes Urtheil die Entschädigung auf 4692 Fr. 90 Cts. reduzirt (nämlich 4500 Fr. für Schmälerung respektive Aufhebung der Erwerbsfähigkeit und 441 Fr. 30 Cts. für Arztkosten, abzüglich bereits bezahlter 248 Fr. 40 Cts.). Sie geht davon aus, daß nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes die dem Kläger zu sprechende Entschädigung nicht nur das gesetzliche Maximum nicht übersteigen dürfe, sondern daß sie auch innerhalb desselben in billiger Weise zu reduziren sei, wenn einer, der in Art. 5 des Fabrikhaftpflichtgesetzes aufgezählten Reduktionsgründe, zutreffe. Nun liege der Reduktionsgrund des Zufalles vor, da der Kläger nicht einmal ernstlich behauptet, geschweige denn bewiesen habe, daß der Unfall durch ein Verschulden des Beklagten herbeigeführt worden sei. Aus diesem Grunde habe, in Berücksichtigung aller Umstände des Falles, eine Reduktion der Entschädigung um einen Viertheil Platz zu greifen, d. h. es sei von dem gesetzlichen Entschädigungsmaximum von 6000 Fr. ein Viertheil abzuziehen. Dagegen könne dem Kläger nicht zum Vorwurfe gemacht werden, daß er der Aufforderung des Beklagten vom Juli 1890, sich in das Spital zu verfügen, keine Folge geleistet habe. Denn es sei bei dieser Aufforderung gar nicht auf den Versuch einer Heilung, sondern blos auf die Vornahme einer Untersuchung auf Simulation abgesehen gewesen. Wenn der Kläger im Bewußtsein seiner Unschuld diese Untersuchung für überflüssig gehalten habe, so könne ihm dies nicht zum Verschulden angerechnet werden.

2. In rechtlicher Beziehung ist davon auszugehen, daß der Unfall als ein zufälliger zu betrachten ist. Denn es sind keine Thatsachen erwiesen, welche darauf schließen ließen, daß derselbe durch ein Verschulden des Beklagten oder seiner Leute bei Herstellung oder Unterhaltung des Balkengerüstes oder bei Leitung der Arbeiten verursacht worden wäre. Der klägerische Vertreter hat heute behauptet, der Beklagte müsse positiv darthun, daß der Unfall durch eine Ursache herbeigeführt worden sei, welche jedes Verschulden des Unternehmers oder seiner Leute ausschließe; so lange eine solche Ursache nicht dargethan, die Ursache des Unfalles vielmehr nicht genau ermittelt sei, müsse der Unfall als ein vom Unternehmer verschuldeter gelten. Allein dies erscheint nicht als richtig. Das Gesetz erstreckt die Haftung des Unternehmers allerdings auch auf den Zufall, dagegen stellt es eine derartige Präsumtion des Verschuldens nicht auf. Ein solches darf daher nur dann angenommen werden, wenn thatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen. Mangelt es an solchen, ist die Ursache des Unfalles nicht ermittelt, so muß derselbe als ein zufälliger betrachtet werden.

3. Hievon ausgegangen ist der zweiten Instanz grundsätzlich darin beizutreten, daß, trotzdem der wirkliche Schaden das gesetzliche Maximum unbestrittenermaßen um ein wesentliches übersteigt, doch die Entschädigung für Schmälerung respektive Aufhebung der Erwerbsfähigkeit nicht nur das gesetzliche Maximum nicht übersteigen darf, sondern auch innerhalb desselben mit Rücksicht auf die Zufälligkeit der Verletzung in billiger Weise zu reduziren ist. Dies ist vom Bundesgerichte insbesondere in seiner Entscheidung in Sachen Häring gegen Meuri vom 17. Juli 1891 grundsätzlich ausgesprochen worden und es muß daran, trotz des vom klägerischen Anwalte erhobenen Widerspruchs, auch heute festgehalten werden. Das Gesetz will, daß die Haftpflicht des Unternehmers stets gemindert werde, wenn er, abweichend vom gemeinen Rechte, auch für den Zufall haftbar gemacht wird. Da nun diese Haftpflicht für alle Fälle, wo nicht strafrechtliches Verschulden vorliegt, ohnehin durch das gesetzliche Maximum begrenzt ist, so kann diese Minderung da, wo der wirkliche Schaden das gesetzliche Maximum übersteigt, nicht anders geschehen als dadurch, daß von dem gesetzlichen Maximum ein angemessener Abstrich ge-

macht wird. Dagegen erscheint die Reduktion welche die Vorinstanz hat eintreten lassen, als eine zu weit gehende. Bei derselben muß insbesondere auch der Betrag des wirklich eingetretenen Schadens berücksichtigt werden; je mehr derselbe das gesetzliche Maximum übersteigt, um so geringer muß, bei Gleichheit der sonstigen erheblichen Verhältnisse, der Abstrich von letzterm bemessen werden. Andernfalls müßte bei großen, durch zufällige Verletzungen oder Tödtungen herbeigeführten Schädigungen der Verunglückte auch innerhalb des gesetzlichen Maximums einen im Vergleiche zu den kleinern Unfällen unverhältnißmäßig großen Theil des Schadens an sich selbst tragen; er würde in unverhältnißmäßiger Weise belastet, der Unternehmer, der mit ihm gemeinsam den Schaden zu tragen hat, in unverhältnißmäßiger Weise entlastet. Dies ist mit dem Prinzipe des Gesetzes, welches eine billige Reduktion vorschreibt, unvereinbar.

4. Wird dies in Berücksichtigung gezogen, so erscheint es im vorliegenden Falle als angemessen, die dem Kläger nach Abzug der bereits geleisteten 248 Fr. 40 Cts. zu gewährende Entschädigung (Heilungskosten inbegriffen) auf 5600 Fr. festzusetzen. Als Heilungskosten hat der Kläger die vorinstanzlich gutgeheißenen, bis zur Klageanhebung aufgelaufenen Arztkosten mit 441 Fr. 30 Cts. zu beanspruchen, daneben aber auch noch die von ihm geforderten 92 Fr. 10 Cts. für spätere ärztliche Behandlung. Denn daß dieser Betrag nicht aufgewendet worden sei, ist nicht behauptet und es ist nun, da die Vorinstanzen den Anspruch nicht etwa aus prozeßualen Gründen zurückgewiesen haben, ein Rechtsgrund nicht ersichtlich, aus welchem der Beklagte die Bezahlung dieser nachträglich erwachsenen Heilungskosten ablehnen könnte. Dagegen ist eine, vor erster Instanz geltend gemachte, weitere Forderung des Klägers für Verpflegungskosten (Abwartung, Krankenspeise u. s. w.), weil in keiner Weise belegt, nicht begründet, wie denn auch der klägerische Vertreter derselben heute nicht mehr erwähnt hat. Belaufen sich somit die dem Kläger zu erstattenden Heilungskosten auf 533 Fr. 40 Cts., so erscheint eine Gesammtentschädigung von 5600 Fr. respektive, bei Einrechnung der bereits bezahlten 248 Fr. 50 Cts. von circa 5850 Fr. als den Verhältnissen angemessen. Da nach dem gegenwärtigen

Zustande angenommen werden muß, der Kläger sei dauernd gänzlich arbeitsunfähig geworden, so ist der ihm erwachsene Schaden ein sehr großer; er beläuft sich, nach den Grundsätzen der Rentenanstalten zu Kapital angeschlagen, unbestrittenermaßen auf circa 16,000 Fr. Danach erscheint eine Entschädigung von circa 5300 Fr. für Verlust der Erwerbsfähigkeit als gerechtfertigt und keineswegs zu hoch gegriffen: es ist vielmehr durch einen Abstrich von circa 700 Fr. vom Entschädigungsmaximum der Zufälligkeit der Verletzung hinreichend Rechnung getragen. Selbstverständlich ist denn aber in dieser Aversalentschädigung auch die vom Kläger vor der ersten Instanz gesondert eingeforderte Entschädigung für den in der ersten Zeit nach dem Unfalle entgangenen Arbeitslohn inbegriffen. Unbestritten ist der von den kantonalen Instanzen zu Gunsten des Beklagten aufgenommene Vorbehalt, während natürlich von einem Vorbehalte zu Gunsten des Klägers, nachdem dieser das Maximum der im Fragefalle überhaupt zulässigen Entschädigung erhält, nicht die Rede sein kann, wie denn die Aufnahme eines solchen auch nicht mehr beantragt ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird dahin für begründet erklärt, daß der Beklagte zur Zahlung von 5600 Fr. (fünftausend sechshundert Franken) an den Kläger verurtheilt wird. Dem Beklagten bleibt vorbehalten, einen entsprechenden Theil dieser Summe zurückzuverlangen, sofern sich der Zustand des Klägers wesentlich bessern sollte.

V. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des particuliers ou des corporations d'autre part.

86. *Arrêt du 21 Juillet 1891, dans la cause hoirie Terrisse contre Neuchâtel.*

Depuis plusieurs années existe à Colombier (Neuchâtel) une place d'armes, soit école militaire fédérale. Le 12 Juin 1851, le Grand Conseil neuchâtelois a décidé l'acquisition d'une superficie importante de terrains situés à Planeyse, et nécessaires pour l'établissement d'une ligne de tir servant à l'école militaire fédérale à Colombier.

Après l'entrée en vigueur de la constitution fédérale de 1874, Colombier fut désigné comme place d'armes principale pour l'instruction de l'infanterie de la IIe division, à condition que la place d'exercices et la ligne de tir soient agrandies, de manière à permettre le tir à des distances plus considérables. Ces clauses furent stipulées dans une convention du 16 Novembre 1877, conclue pour 10 ans entre la Confédération et l'Etat de Neuchâtel, et ratifiée par le Grand Conseil de ce canton. L'Etat était (art. 6 de la dite convention) « responsable de tous les dommages qui peuvent résulter d'un tir exécuté dans les conditions ordinaires et normales sur les emplacements désignés à cet effet, et il liquide à ses frais, risques et périls, toutes les réclamations qui pourraient être faites de ce chef. »

Ensuite des perfectionnements apportés dans la fabrication des armes à feu, qui ont eu pour effet d'augmenter considérablement leur portée, l'emplacement de tir sur Planeyse devint insuffisant, et la Confédération, par office du Départe-

ment militaire fédéral du 17 Novembre 1889, dénonça la convention du 16 Novembre 1877. Il s'agissait pour pouvoir maintenir la place d'armes de Colombier, de trouver dans le voisinage un autre emplacement de tir, permettant le tir jusqu'à 600 mètres.

Dans son rapport du 23 Août 1887, M. le colonel Isler, instructeur-chef de la IIe division, proposa de transférer à cet effet la ligne de tir soit sur la grève du lac, soit dans la forêt de Bôle, à $^1/_2$ lieue de Planeyse, où un stand avait déjà existé pour les tireurs de Bôle et environs.

Ces propositions furent soumises à l'examen de MM. les colonels Feiss, chef de l'arme de l'infanterie ; Wieland, instructeur-chef de la VIIIe division, et Walter, instructeur-chef de la IIIe division, lesquels se déclarèrent d'accord avec les propositions du colonel Isler, et le 8 Février 1888 le Conseil fédéral conclut avec l'Etat de Neuchâtel une convention désignant de rechef Colombier comme place d'armes principale de la IIe division : cette convention, semblable, d'une manière générale, à la précédente, prévoit des installations nouvelles, soit, entre autres, l'agrandissement de la place de Planeyse, et la place de tir dans la forêt de Bôle-Colombier suivant le plan.

Sous date du 24 Février 1888, le Grand Conseil ratifia la prédite convention, ainsi que le devis total des travaux ascendant à 297 000 francs, dont 70 000 sont mis à la charge de la commune de Colombier. Il était entendu, dans le sens du rapport de la commission, que des études seraient encore faites, en vue de parer aux dangers qui résulteront des projectiles venant à dépasser la butte et de protéger autant que possible les propriétés avoisinantes.

L'hoirie Terrisse, propriétaire de la campagne du Cotendard, longeant à l'est et au sud la forêt de Bôle, s'était adressée à plusieurs reprises au Département militaire cantonal et au Conseil d'Etat, en lui exposant les dangers auxquels l'établissement de la nouvelle ligne de tir exposait cette propriété.

C'est ainsi que le 3 Mai 1888 l'hoirie Terrisse fait part au

dit Département du danger que court la propriété du Cotendard, spécialement dans sa partie nord, par les balles provenant de coups de feu partis avec la plus légère déviation du côté sud des lignes ; ces coups, selon l'hoirie demanderesse, menacent plus spécialement les champs qu'elle possède au lieu dit les Collièses sur la limite S.-O. de la forêt de Bôle ; la culture de ces champs deviendra par conséquent dangereuse pendant le tir et probablement impossible dans leur partie nord. En outre, pour un champ que l'hoirie possède au nord de la voie ferrée du Jura-Neuchâtelois, dans lequel se trouve la chambre d'eau de ses fontaines et qui est directement sous le feu des lignes de tir, le danger provenant des coups de feu est évident et inévitable, rendant impossible l'abord de cette chambre d'eau, et du terrain en général pendant le tir. L'hoirie Terrisse faisait toutes ses réserves ensuite de cet état de choses, et attirait en outre, dans la même écriture, l'attention du Département sur la nécessité de maintenir et si possible d'augmenter le rideau de bois qui existe entre la limite sud-est des lignes de tir et le chemin tendant du Grand Cotendard à la Mairesse, en vue d'atténuer le danger.

Par lettre du 18 Mai 1888, l'hoirie Terrisse confirma sa lettre du 3 dit, tout en renouvellant ses réserves, et en protestant pour autant que besoin contre le dommage considérable dont elle se voit menacée.

Dans l'origine il existait deux variantes au sujet de la ligne de tir à établir dans la forêt de Bôle ; l'une plus au sud, dirigée plus directement contre la maison du Cotendard ; l'autre plus au nord, laissant ces bâtiments en dehors de la zone dangereuse des balles passant par-dessus les cibles. Le Conseil d'Etat, après expertise, adopta la ligne nord, s'éloignant du domaine de l'hoirie Terrisse.

Le 27 Août 1888, le Département militaire cantonal annonça au Département militaire fédéral que, les travaux étant très avancés, il serait utile d'envoyer une délégation d'hommes compétents, aux fins d'examiner les dites installations et celles qui pourraient être faites, de manière à sauvegarder tous les

intérêts, en particulier ceux des propriétaires du Grand-Cotendard.

Par lettre du lendemain, 28 Août, le Département fédéral répondit qu'il avait désigné comme délégués M. le colonel Isler et M. le lieutenant-colonel Veillon, instructeur-chef de tir. Le 14 Septembre suivant, ces experts firent leur rapport, dans lequel ils s'expriment comme suit au sujet de la propriété de l'hoirie demanderesse :

La dite propriété se trouve complètement en dehors de la ligne de tir elle-même, seul un coup tiré dans une direction absolument anormale pourrait l'atteindre ; si l'on voulait considérer cette éventualité comme un danger, aucune ligne de tir ne serait possible dans aucune localité. Le bruit du tir dans le voisinage peut faire croire à un danger, mais celui-ci n'existe pas.

Ensuite de ce rapport le plan de situation et le profil en long de la nouvelle ligne de tir furent définitivement approuvés par le Département militaire fédéral le 24 décembre 1888.

Le 29 Octobre précédent, le Conseil d'Etat avait fait communication au Grand Conseil du choix de cette ligne, en demandant que le crédit de 20 000 francs (compris dans les 227 000 à payer par l'Etat) fût porté à 40 000 francs, ce qui fut adopté.

Après l'audition des témoins cités à l'instance des parties, il fut procédé à une inspection locale, qui aboutit aux constatations ci-après :

La forêt de la commune de Bôle s'étend de l'ouest à l'est; la propriété du Cotendard limite cette forêt à l'est, et c'est là que se trouvent les bâtiments d'habitation et d'exploitation. Au sud, et le long de la dite forêt se trouve l'immeuble des Collonges, faisant également partie de la propriété du Cotendard, et consistant en nature de pré. Le stand est construit pour 6 cibles à 400 mètres de distance ; les deux cibles le plus au nord peuvent être utilisées pour le tir à 600 mètres. Les arbres de la forêt ont été abattus dans la direction des cibles, et 6 éclaircies, qui s'étendent du stand aux dites cibles,

permettent d'utiliser l'emplacement de tir. La direction de la ligne de tir s'éloigne considérablement de celle dans laquelle se trouvent les bâtiments du Cotendard. Pendant les exercices de tir, de nombreuses défenses sont placées aux alentours de l'emplacement de tir, afin que personne ne s'en approche pendant ce temps.

Antérieurement à l'établissement de la ligne de tir actuelle, la commune de Bôle avait déjà établi un stand dans la forêt; on y tirait à plus courte distance, — précédemment moins fréquemment, il est vrai, que dans les dernières années, — jusqu'en février 1889, époque de l'ouverture du stand actuel, construit par l'Etat.

La ligne de tir de l'ancien stand de la commune avait une direction beaucoup plus dangereuse, pour les bâtiments du Cotendard, que celle du nouveau stand; ces bâtiments étaient directement exposés aux balles passant par-dessus les cibles.

De même le fonds dit « les Collonges » courait un danger beaucoup plus considérable que ce n'est le cas maintenant.

Après l'inspection locale, 22 témoins furent encore entendus sur le plus ou moins grand danger dont l'établissement du stand actuel menace la propriété du Cotendard, et sur le péril que causait à celle-ci l'usage de l'ancien stand de la commune.

En se basant sur les résultats de la vision locale, le juge délégué ordonna deux expertises; l'une, technique, avait pour but de constater si et en quelle mesure la propriété de Cotendard était mise en danger par le nouveau stand, et, éventuellement, comment elle pourrait être protégée; l'autre expertise, de nature plutôt financière, devait déterminer le montant du dommage éventuellement causé au dit domaine. Les résultats de ces expertises, datées, la première des 3/6 Décembre 1890, et la seconde des 13/14 Avril 1891, seront pris en considération, autant que de besoin, dans les considérants de droit du présent arrêt.

L'hoirie demanderesse a pris, dans sa prédite demande, des conclusions tendant à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral prononcer :

1° Que l'Etat de Neuchâtel, en sa qualité de constructeur et de propriétaire de la nouvelle ligne de tir de la place d'armes de Colombier, est tenu de faire à ses frais à dire d'experts dans le délai qui lui sera fixé par le Tribunal, tous les travaux de protection nécessaires pour que la demanderesse puisse jouir de son domaine de Cotendard comme elle en a joui jusqu'à la construction de la nouvelle ligne de tir de la place d'armes de Colombier, sans aucun danger pour les personnes, en circulant librement sur les chemins d'accès, d'investiture et de dévestiture, sur les pièces de terres et sans être entravée en aucun temps dans les saisons de culture.

2° Pour le cas où ces travaux de protection ne pourraient être faits, pour celui où l'Etat se refuserait à les faire, et pour celui enfin où s'il était fait des travaux, ils étaient insuffisants à dire d'experts, condamner l'Etat de Neuchâtel à payer à l'hoirie demanderesse, à titre de dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause actuellement le voisinage immédiat de la nouvelle ligne de tir, et comme dépréciation actuelle de son domaine, tant en raison des inconvénients que du danger sérieux qui résulte de ce voisinage, la somme de 50 000 francs, ou ce que le Tribunal connaîtra.

3° Si l'Etat de Neuchâtel arrive par des mesures de protection reconnues efficaces par experts à écarter tout danger, le condamner néanmoins à payer à l'hoirie demanderesse, à titre de dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause actuellement le bruit du tir et pour la dépréciation qui en résulte pour sa propriété, la somme de 25 000 francs ou ce que le Tribunal connaîtra.

4° Le tout avec intérêts à 5 % l'an dès l'introduction de l'instance.

5° Aux frais.

Dans sa réponse, l'Etat de Neuchâtel conclut au rejet des conclusions de la demande.

Dans leur réplique et duplique les parties reprennent, en les développant ultérieurement, leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° En ce qui touche la compétence du Tribunal fédéral, la demande se fonde sur l'art. 68 C. O., autorisant celui qui est menacé d'un dommage provenant de l'ouvrage d'autrui à contraindre le propriétaire, — soit dans l'espèce l'Etat de Neuchâtel, comme constructeur de l'emplacement de tir de Bôle, — à prendre les mesures nécessaires pour écarter le danger, et sur les art. 50 et 67 du même code, en ce qui a trait au dommage causé au domaine du Cotendard, soit directement, soit ensuite de la dépréciation subie. Il s'agit dès lors, aux termes des conclusions prises par l'hoirie demanderesse, d'une action civile basée sur des dispositions du Code des Obligations, et à ce point de vue la compétence du Tribunal fédéral est hors de doute.

On pourrait toutefois se demander si, pour autant qu'il s'agit d'un dommage causé par les exercices de tir, les dites conclusions n'auraient pas dû être poursuivies par la voie administrative, soit au moyen de la procédure spéciale prévue en pareil cas. Dans l'espèce toutefois il se justifie de laisser de côté l'examen de cette question, — ainsi que de celle de savoir s'il n'y eût pas eu lieu de procéder par voie d'expropriation, — attendu que l'Etat de Neuchâtel a consenti à ce que le litige soit jugé par le Tribunal civil ; il est entré lui-même dans cette voie, en requérant l'administration de preuves par témoins, par inspection locale et par expertise, sans contester la compétence du Tribunal de céans, et sans requérir, lors du débat préalable, que la contestation soit soumise à un juge administratif (C. P. C. fédérale, art. 98).

L'allégation du défendeur, qu'en cas de non-expropriation tout propriétaire futur du domaine des demandeurs pourrait prétendre, à l'égal de ceux-ci, à des dommages-intérêts ensuite de l'usage de l'emplacement de tir de Bôle, est sans fondement. Tout nouvel acquéreur aurait, en effet, à tenir compte, lors de la fixation du prix d'achat, des inconvénients évidents qu'entraîne pour ce domaine la proximité du prédit emplacement de tir, et un acquéreur futur ne pourrait plus faire valoir, à cet égard, comme les demandeurs

sont en droit de le faire, qu'au moment de leur acquisition l'emplacement de tir n'existait pas encore. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond de la cause.

2° En ce qui a trait à la première conclusion de la demande, l'instruction de la cause a dû porter d'abord sur la question de savoir si la propriété du Cotendard dans son ensemble, ou quelques-unes de ses parties se trouvent exposées à un danger du fait des coups tirés depuis l'emplacement de tir dans la forêt de Bôle. A cet égard l'expertise technique consciencieuse et détaillée à laquelle il a été procédé, et dont le complément n'a été requis d'aucune part, a constaté entre autres :

a) Que la ligne de tir dans le bois de Bôle est établie de telle façon qu'aucune des parties de la propriété Terrisse ni les chemins de communication entre ces parties ne sont exposés au danger d'être atteints directement par des projectiles tirés en visant depuis la ligne de tir. L'exactitude de cette constatation ressort d'ailleurs de la vision locale, ainsi que de l'examen des plans annexés au dossier, d'où il résulte que la dite ligne de tir se développe dans une direction tout autre que celle de la campagne du Cotendard ; le terrain en arrière des cibles est en outre protégé par un haut retranchement de terre, ainsi que par des arbres de la forêt. Si les experts ont constaté qu'il serait en revanche possible d'atteindre, intentionnellement, avec des projectiles, plusieurs parties du domaine du Cotendard, depuis les points habituels de tir de la place, cette circonstance ne saurait être prise en considération dans le procès actuel, attendu qu'à supposer qu'un cas aussi invraisemblable vienne à se présenter, il devrait donner lieu à une action spéciale.

b) Les experts estiment, d'un autre côté, que des balles égarées ou des ricochets pourraient atteindre l'une quelconque des trois parties de la propriété Terrisse, et qu'il serait ainsi possible que des habitants du Cotendard ou des ouvriers travaillant sur la propriété pendant des exercices de tir soient blessés de cette façon, bien que les probabilités en soient extrêmement minimes, le danger, de ce chef, étant,

fenses de passer, pendant le tir, sur certains chemins voisins du Cotendard, telles qu'elles existaient en l'année 1889, aient eu pour effet de causer un dommage aux propriétaires de ce domaine, par les entraves que ces défenses auraient apportées à la culture du sol. Les demandeurs ayant du reste renoncé à se prévaloir de ce moyen, ensuite de l'assurance qui leur a été donnée par la partie adverse, que les prédites défenses seraient à l'avenir convenablement placées, les hoirs Terrisse n'ont droit à aucune indemnité de ce chef.

5° Il en est autrement au regard du fait, constaté par les experts techniques, que l'emplacement de tir, ensuite des coups égarés et des ricochets, constitue un danger pour les habitants et les ouvriers du domaine du Cotendard.

Le bruit de la fusillade, qui constitue, il est vrai, un désagrément incontestable pour cette propriété, ne saurait à lui seul fonder une demande en dommages-intérêts, puisqu'une atteinte portée à un simple agrément n'implique aucun empiétement dans le domaine des droits privés acquis, ni, par conséquent, un facteur pouvant justifier une indemnité.

Il est, par contre, évident qu'une demande en dommages-intérêts devrait être accueillie dans le cas où une personne serait tuée ou blessée par les projectiles. Une semblable éventualité ne s'est point produite, il est vrai, jusqu'ici ensuite des exercices de tir sur l'emplacement de la forêt de Bôle, mais il y a lieu de réserver une action en indemnité, de la part du lésé, pour le cas où un semblable accident arriverait. Le danger, peu considérable à la vérité, mais permanent, auquel les habitants ou ouvriers de la propriété des demandeurs sont en butte, constitue déjà toutefois un élément de dommage, par le fait de la dépréciation de valeur qui est la conséquence de cet état de choses. Cette dépréciation résulte de la circonstance que les demandeurs se trouvent sensiblement gênés, surtout dans les mois d'été où ils viennent chercher le repos dans leur campagne, dans la jouissance paisible de leur propriété, et exposés, à chaque instant, à être atteints par une balle perdue ; la culture de leurs fonds se trouve entravée, par le même motif, dans une sensible mesure. Il

est incontestable, et les experts ont expressément déclaré que dans ces conditions d'insécurité la valeur vénale du dit domaine subit une diminution notable, laquelle doit avoir pour conséquence de faire accueillir, en principe, la demande en indemnité formulée par l'hoirie demanderesse.

6° En ce qui concerne la détermination de la quotité des dommages-intérêts à allouer, il y a lieu de considérer que la commune de Bôle avait, déjà précédemment, établi dans la même forêt un emplacement de tir, dont la direction était, pour un même nombre de coups tirés, plus préjudiciable encore à la propriété du Cotendard qne la ligne de tir actuelle. En revanche, sous le nouveau régime, le danger a augmenté par le fait de la fréquence beaucoup plus grande des exercices, ce que le défendeur a expressément reconnu lui-même lors du débat préalable.

L'ancien stand de la commune de Bôle ne comportait que 3 cibles; le tir y était individuel et n'avait lieu que quelques jours de l'année, tandis que l'emplacement de tir actuel, pourvu de 6 cibles, a été utilisé en 1889 pendant 74 jours durant les mois d'Avril à Octobre, par 3 écoles de recrues de la II° division, à raison d'environ 75 000 coups par école. Des détachements de 10 à 20 hommes y tirent simultanément sur une même cible, lors des exercices de combat. En outre, dans le courant de la même année, les sociétés de tir de Colombier et de Bôle, aussi que la Société cantonale, s'y sont exercées pendant plusieurs jours. Enfin, selon toutes les probabilités, l'usage du stand de Bôle ne fera qu'augmenter à l'avenir.

Les experts, spécialement désignés à cet effet, après avoir pris connaissance des procès-verbaux du débat préalable et des dépositions des témoins, et ensuite d'une inspection des lieux du litige, ont évalué la dépréciation soufferte par le domaine du Cotendard à la somme de 9000 francs. Comme rien ne permet d'admettre que ces experts, nommés avec l'assentiment des parties, aient commis une erreur, ou omis de prendre en considération tous les éléments de la cause, il n'existe aucun motif pour modifier leur appréciation.

7° L'indemnité à allouer à l'hoirie Terrisse n'étant fixée que par le jugement du Tribunal fédéral de ce jour, il n'y a pas lieu de la faire porter intérêt.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

La demande est accueillie en ce sens que l'Etat de Neuchâtel est condamné à payer à l'hoirie Terrisse la somme de 9000 francs, à titre de dommages-intérêts. L'hoirie demanderesse est déboutée du surplus de ses conclusions.

Lausanne. — Imprimerie Georges Bridel & Cie

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

87. Urtheil vom 24. Oktober 1891 in Sachen Baumann & Cie.

A. Die Kollektivgesellschaft Baumann & Cie. in Luzern, welche aus C. Baumann und X. Hofer besteht, besitzt in Dagmersellen, wo sie eine Reisschälerei betreibt, Grundeigenthum. Sie wurde für dasselbe vom Gemeinderathe Dagmersellen im Jahre 1890 mit einer Kirchensteuer von 73 Fr. 52 Cts. belegt. Hiegegen rekurrirte sie unter Berufung auf Art. 49 Abs. 6 B.-V. an den Regierungsrath des Kantons Luzern, indem sie anbrachte: Die Theilhaber der Firma wohnen nicht in Dagmersellen und besuchen dort die Kirche nicht. Eine Handelsfirma als solche habe keine Religion; der Associé Baumann bezahle in Luzern die reformirte

Kirchensteuer und sei seit 40 Jahren nie mehr katholisch gewesen. Der Regierungsrath des Kantons Luzern wies die Beschwerde durch Entscheidung vom 7. August 1891 ab mit der Begründung: Es könne als erwiesen gelten, daß der eine Theilhaber der Firma Baumann & Cie., nämlich C. Baumann in Luzern, nicht Angehöriger der katholischen Kirche sei und daß daher seine persönliche Besteuerung zum Zwecke dieser Religionsgenossenschaft dem Art. 49 Abs. 6 B.-V. widersprechen würde. Allein vorliegend handle es sich nicht um die Besteuerung des C. Baumann sondern um die Besteuerung der Firma Baumann & Cie. Diese letztere sei von den einzelnen Firmatheilhabern verschieden und es könne bei ihr von keiner Konfessionsangehörigkeit die Rede sein. Nach wiederholten bundesgerichtlichen Entscheidungen sei die Auferlegung von Kultussteuern an blos ideelle Rechtssubjekte, welche weder Glauben noch Gewissen besitzen können, keine Verletzung der Gewissensfreiheit; um letztere könne es sich nur bei physischen Personen handeln. Die Beschwerde könne sich daher auf Art. 49 Abs. 6 B.-V. nicht berufen. Ebensowenig sei sie nach dem kantonalen Steuerrechte begründet.

B. Gegen diese Entscheidung beschwert sich die Firma Baumann & Cie. im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte, indem sie ausführt, dieselbe verletze den Art. 49 Abs. 6 B.-V. Ob jemand sein Geschäft allein oder mit einem Associé betreibe, könne doch für sein Recht, Schutz der Gewissensfreiheit zu verlangen, keinen Unterschied machen. Art. 49 Abs. 6 B.-V. könne nur durch eine „gewaltsame Rechtsverdrehung" im Sinne des luzernischen Regierungsrathes ausgelegt werden u. s. w.

C. Der Regierungsrath des Kantons Luzern erklärte, als ihm die Beschwerde zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, dieselbe sei in einem Tone verfaßt, der den Regierungsrath veranlasse, sie unbeantwortet wieder zurückzusenden. Er lehne es grundsätzlich ab, auf beleidigende Eingaben einzutreten und halte sich zu der Annahme berechtigt, das Bundesgericht werde das Nämliche thun. Er stelle alles weitere dem Bundesgerichte anheim.

D. Auf Anfrage des Instruktionsrichters erklärte C. Baumann, daß sein Associé X. Hofer der katholischen Kirchgemeinde Luzern angehöre.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat schon wiederholt ausgesprochen, daß juristische Personen, welche als blos ideale Rechtssubjekte weder Glauben noch Gewissen haben, auf Art. 49 Abs. 6 B.-V. sich nicht berufen können, da diese Verfassungsbestimmung lediglich als ein Folgesatz aus dem Prinzipe der Glaubens- und Gewissensfreiheit erscheine; es hat danach erklärt, daß z. B. Aktiengesellschaften, Allmendkorporationen, Gemeinden, sich der Heranziehung ihres Vermögens zu Kultussteuern nicht unter Berufung auf Art. 49 Abs. 6 cit. widersetzen können (vergl. Entscheidungen IV, S. 533 u. ff., 538 u. ff.; IX, S. 413 u. ff.). Allein dies kann nicht auch auf die Besteuerung von Kollektivgesellschaften erstreckt werden. Allerdings ist das Vermögen der Kollektivgesellschaft vom Privatvermögen der Gesellschafter ausgeschiedenes Sondergut. Allein dasselbe ist doch in That und Wahrheit Vermögen der Gesellschafter und nicht einer von ihnen verschiedenen juristischen Person. Die Kollektivgesellschaft wird nicht, wie die Aktiengesellschaft, von einem von den Einzelwillen der Gesellschafter verschiedenen Kollektivwillen beherrscht, sondern durch den übereinstimmenden individuellen Willen der einzelnen Gesellschafter (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung XVI, S. 154 u. f.); sie ist nicht, wie die Aktiengesellschaft, ein von der Person der einzelnen, wechselnden Theilhaber unabhängiger, korporativ organisirter, Verein, sondern eine vertragliche (gesellschaftliche) Vereinigung bestimmter Personen. Die Besteuerung des Vermögens der Kollektivgesellschaft bedeutet daher in That und Wahrheit nichts anderes als die Besteuerung der einzelnen Kollektivgesellschafter, welche unter der gemeinsamen Firma gesellschaftlich ihr Gewerbe betreiben. Eine Besteuerung des Vermögens einer Kollektivgesellschaft zu Kultuszwecken ist daher nur insoweit zuläßig, als dieses Vermögen Angehörigen der betreffenden Religionsgenossenschaft gehört, d. h. nur für den Antheil an demselben, welcher Kollektivgesellschaftern zusteht, die der fraglichen Konfession angehören.

2. Dies muß dazu führen, den vorliegenden Rekurs insoweit für begründet zu erklären, daß ausgesprochen wird, es sei die Besteuerung des Grundeigenthums der Rekurrentin zu Kultuszwecken

der katholischen Kirchgemeinde Dagmersellen insoweit unzuläßig, als es den Antheil des Gesellschafters Baumann anbelangt. Denn es ist in der angefochtenen Schlußnahme festgestellt, daß C. Baumann der katholischen Kirche nicht angehört. Dagegen erscheint die Beschwerde insoweit als unbegründet, als es den Gesellschaftsantheil des Xaver Hofer betrifft; denn dieser ist Angehöriger der katholischen Kirche und der Umstand, daß er nicht in Dagmersellen sondern in Luzern wohnt, berechtigt ihn nicht, die kirchliche Steuerpflicht in Dagmersellen gestützt auf Art. 49 Abs. 6 B.-V. abzulehnen. Denn er gehört ja derjenigen Konfession, für welche die Steuer erhoben wird, wirklich an und daß er in einer andern Lokalkirchgemeinde wohnt, ist, nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes gleichgültig.

3. Die Rekursschrift ist in unziemlichem, beleidigendem Tone gehalten und es ist hiefür dem Rekurrenten Baumann ein Verweis zu ertheilen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Der Rekurs wird insoweit für begründet erklärt, daß ausgesprochen wird, es sei die Besteuerung des Grundeigenthums der Kollektivgesellschaft Baumann & Cie. zu Kultuszwecken der katholischen Kirchgemeinde Dagmersellen insoweit unzuläßig, als es den Antheil betrifft, welcher dem Gesellschafter C. Baumann an diesem Grundeigenthum gemäß seinem Gesellschaftsantheile zusteht; im Uebrigen ist die Beschwerde abgewiesen.

2. Dem Rekurrenten C. Baumann wird wegen unziemlicher und beleidigender Schreibweise der Beschwerdeschrift ein Verweis ertheilt.

II. Gerichtsstand. — Du for.

Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

88. *Arrêt du 11 Décembre 1891, dans la cause Girod.*

Ernest Girod, avocat à Fribourg, et son frère Léon Girod, demeurant à Berne, possèdent en commun, aux environs de Bulle, un domaine dit le Planchi. Ce domaine est amodié depuis plusieurs années à un nommé Clément.

Ce fermier a, dans le courant du printemps et de l'été derniers, utilisé à différentes reprises le fonds voisin, appartenant à Alfred Gapany, boucher à Bulle, pour se rendre dans cette ville avec chars et bestiaux, sans qu'un droit de passage existe à cet effet en faveur du domaine du Planchi.

Gapany adressa aux propriétaires Girod une demande en indemnité pour le dommage causé, et des pourparlers eurent lieu à ce sujet entre parties. Aucune entente amiable n'ayant pu intervenir, Gapany, par exploit du 3 Juillet 1891, a assigné en conciliation les frères Girod à l'audience du Juge de paix de Bulle du lendemain et les a sommés de lui acquitter avec frais et accessoires la somme de 200 francs à titre de dommages-intérêts, modération réservée.

La conciliation n'ayant pu être obtenue, des experts, désignés par le Juge de paix, taxèrent le dommage à 50 francs, et par nouvel exploit du 10 Juillet 1891, A. Gapany assigna de nouveau les frères Girod à l'audience du dit juge du 20 dit, en paiement des dommages-intérêts, dont il réduit le chiffre à 50 francs.

A l'audience du 20 Juillet, l'avocat Girod, à Fribourg, a soulevé, au nom de son frère Léon en ce qui concerne celui-ci seul, l'exception d'incompétence de la Justice de Paix de Bulle, les autorités judiciaires du Canton de Berne, domicile actuel de Léon Girod, étant seules compétentes pour se nantir du litige.

Par jugement du dit jour, la dite Justice de Paix a rejeté l'exception d'incompétence, en se fondant sur les art. 20 et 21 du C. p. c. fribourgeois, attendu qu'il s'agit dans l'espèce d'un dommagé causé à des immeubles.

C'est contre ce jugement que Léon Girod a recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise l'annuler pour violation de l'art. 59 de la constitution fédérale. A l'appui de son recours, le sieur Girod fait valoir ce qui suit :

Il s'agit d'une réclamation purement personnelle ; en effet les frères Girod ne prétendent point avoir des droits quelconques de passage à char sur les immeubles de Gapany, et ce dernier formule sa réclamation devant le seul juge civil, sans aucune question impliquant l'exercice d'une action négatoire. Il ne peut être question de contravention, puisque les dommages, s'il y en a, ont été causés par le fermier Clément et ses gens.

Léon Girod est incontestablement domicilié à Berne, et le fait que Gapany a réuni à son action l'avocat Girod à Fribourg, et son frère, ne peut priver ce dernier du bénéfice de l'art. 59 susvisé, lequel ne saurait être violé sous prétexte de solidarité. Si l'art. 20 du C. p. c. devait avoir pour effet de rendre le juge fribourgeois compétent pour toute action en dommages-intérêts pour dommages causés à des immeubles, il irait à l'encontre du prédit article 59.

Dans sa réponse, A. Gapany conclut au rejet du recours, par les motifs dont suit la substance :

L'action en réparation de dommages causés à des immeubles n'est pas exclusivement personnelle, mais de nature mixte ; la nature immobilière de l'action résulte du rapport dans lequel se trouvent les deux fonds. Le dommage causé l'a été pour l'utilité de la propriété des frères Girod ; la réparation leur en incombe ; ils sont solidaires pour cette charge (C. c. art. 1188) et les réclamations de ce chef peuvent être, aux termes de l'art. 20 C. p. c., portées devant le juge civil du lieu de la contravention. Enfin, les frères Girod, tous deux ressortissants du canton de Fribourg, ne peuvent ni l'un ni l'autre invoquer la violation de l'art. 59 de la constitution

fédérale, lequel n'a pour but que de créer une règle de droit intercantonal, et non d'influer sur l'administration de la justice dans l'intérieur des cantons.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Le sort du recours est intimement lié à la question de savoir si l'action intentée par Gapany aux frères Girod se caractérise comme une action immobilière, ou comme une réclamation personnelle.

Or il est certain qu'un droit réel n'est point en cause dans l'espèce; les frères Girod reconnaissent qu'ils n'ont aucun droit à une servitude de passage à char sur le fonds du sieur Gapany, et le fondement de l'action intentée par ce dernier gît uniquement dans la réparation du dommage qu'il prétend avoir été causé à sa propriété par les agissements illicites du sieur Clément, fermier des défendeurs. Cette réclamation est adressée, sans doute, aux frères Girod, propriétaires du domaine du Planchi, mais seulement en tant que responsables des actes de leur dit fermier.

Le caractère immobilier de cette réclamation ne résulte pas davantage, ainsi que le prétend l'opposant au recours, des rapports existant entre les deux fonds, puisque l'existence d'une servitude de passage à char entre ces fonds n'est pas même alléguée.

2° La réclamation du sieur Gapany apparaissant comme personnelle, c'est à tort que le juge fribourgeois a émis la prétention de statuer sur elle au regard de Léon Girod, dont le domicile à Berne et la solvabilité n'ont pas même fait l'objet d'une contestation.

C'est en vain que l'opposant au recours estime que la dite réclamation est de nature mixte, immobilière en ce qu'elle affecte des immeubles et personnelle en ce que les dommages se résolvent nécessairement en dommages-intérêts ; le Tribunal de céans a reconnu, en effet, à diverses reprises que des demandes en dommages-intérêts, même dirigées contre des propriétaires d'immeubles en cette qualité, ne perdaient pas pour cela leur nature personnelle, alors qu'il ne s'agit pas de l'accomplissement d'une obligation réelle, ou de la reconnais-

sance d'un droit réel du demandeur. Or dans l'espèce il s'agit uniquement d'une réclamation ensuite de dommages causés à une propriété, et une semblable revendication doit être réputée personnelle, même alors que le dommage a affecté un immeuble. (Voir arrêts du Tribunal fédéral en les causes Bertschinger *Rec.* III, page 634 s. consid. 3 ; Frossard *ibid.* IV, page 225 consid. 3.)

3° Ce qui précède n'est aucunement infirmé par la disposition de l'art. 20 C. p. c. fribourgeois, portant que les réclamations civiles dérivant de dommages causés à des immeubles peuvent être portées devant le juge du lieu de la contravention. Cette prescrition légale, en effet, n'a et ne peut avoir trait qu'aux débiteurs domiciliés dans le canton de Fribourg, et ne saurait porter préjudice à la garantie que l'art. 59 de la constitution fédérale assure à ceux dont le domicile se trouve en dehors de ce canton. Cette garantie subsiste entière en faveur du sieur Léon Girod, domiciliés à Berne, et sa qualité de ressortissant fribourgeois ne peut avoir pour conséquence de l'en frustrer.

4° Enfin la prétendue solidarité entre Ernest et Léon Girod ne pourrait avoir pour effet de soumettre ce dernier, pour une réclamation personnelle, à la juridiction des tribunaux fribourgeois. A supposer même que cette solidarité fût établie, ce que le juge compétent aurait, le cas échéant, à prononcer, il n'en résulterait point que le caractère personnel de la dite réclamation se trouve modifié par le fait de cette responsabilité solidaire : elle n'en doit pas moins être portée dès lors, en ce qui concerne le débiteur solidaire domicilié en dehors du canton de Fribourg, devant le juge de ce domicile.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et le jugement rendu par la Justice de Paix de Bulle (3me cercle de l'arrondissement de la Gruyère) est déclaré nul et de nul effet.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

89. Urtheil vom 14. November 1891 in Sachen Schmidlin.

A. Im Gerichtsbezirke Zofingen fand am 24. Mai l. J. die Erneuerungswahl des Bezirksgerichtspräsidenten statt. Als (mit einigen Stimmen über das absolute Mehr) gewählt wurde vom Bezirksammannamt Redaktor Dr. Hans Müri in Zofingen proklamirt. Dagegen rekurrirten einige Bürger zuerst an die kantonale Direktion des Innern und verlangten eine neue Durchsicht sämmtlicher Stimmkarten. Dieselbe wurde auch in der That vorgenommen; die Direktion des Innern sah sich indeß auf Grund dieser Untersuchung nicht veranlaßt, die Wahl zu kassiren. Der Rekurs wurde nun an den Regierungsrath, und nach erfolgter Abweisung seitens desselben an das Bundesgericht prosequirt.

B. Redaktor Sebastian Schmidlin, für sich und Namens einer Anzahl anderer Bürger, führt in seiner Beschwerdeschrift wesentlich aus, daß unter den Stimmen, welche zu Gunsten des Redaktors Müri gezählt worden seien, sich nach Angabe der Direktion des Innern nicht weniger als 198 vorgefunden haben, die blos auf den Namen „Müri", ohne weitere Bezeichnung, oder blos auf denjenigen „Müri in Zofingen" gelautet haben. Diese Stimmzeddel hätten nach Gesetz außer Betracht fallen sollen. § 41

Abs. 2 des aargauischen Wahlgesetzes, in Verbindung mit § 5 der Wahlverordnung vom 1. Mai 1889, bestimme, daß der Name des zu Wählenden genau und deutlich, mit Angabe von Beruf und Wohnort geschrieben werden solle. Zweifelhaft lautende Stimmzeddel erkläre § 44 Abs. 2 desselben Gesetzes für ungültig. Als zweifelhaft müssen nun alle jene 198 Stimmzeddel aufgefaßt werden, und zwar schon mit Rücksicht darauf, daß im Kanton Aargau, ja selbst in Zofingen, es noch andere Müri gebe, denen fragliche Stimmen ebenso gut hätten gelten können. Außerdem komme noch der Umstand hinzu, daß in einer und derselben Gemeinde viele Stimmzeddel als von derselben Hand geschrieben konstatirt worden seien, die nach der citirten Verordnung ebenfalls hätten als nichtig erklärt werden sollen. Ziehe man nun alle diese Stimmzeddel ab, so habe Redaktor Dr. Müri nicht nur das absolute Mehr nicht erreicht, sondern nicht einmal die Stimmenmehrheit erhalten. Die Rekurrenten beantragen deßhalb, es solle die Wahl des Dr. H. Müri kassirt und eine andere Wahlverhandlung angeordnet werden. Ihr weiteres Begehren um Sistirung der Amtseinsetzung wurde vom Präsidium des Bundesgerichtes mit Verfügung vom 28. Juli 1891 abgewiesen.

C. Dem gegenüber stellt der Regierungsrath des Kantons Aargau das Begehren, es sei auf den Rekurs wegen Inkompetenz nicht einzutreten, eventuell derselbe abzuweisen. Der Entscheid über Gültigkeit kantonaler Wahlen und Abstimmungen stehe nach Art. 59 Ziffer 9 O.-G. dem Bundesrathe resp. der Bundesversammlung zu. Was sodann die angefochtenen Stimmen anbelange, so sei in concreto ein Zweifel darüber, daß sie niemand anderm als dem Dr. Müri gegolten haben, ausgeschlossen. Für die in Frage stehende Wahl haben nicht weniger als drei Wahlgänge stattgefunden und in allen dreien habe sich stets der Wahlkampf um die Person des Dr. Hans Müri gedreht.

D. Das bisherige Schwanken der bundesrechtlichen Praxis in der Auslegung des Art. 59 Ziff. 9 O.-G. gab dem Bundesgerichte Veranlassung, eine Anfrage an den Bundesrath zu richten über die Art und Weise, in welcher er seine bezüglichen Kompetenzen auffasse. Es kam hiebei namentlich die Frage zur Sprache, ob nicht bestimmte Kategorien kantonaler Wahlen und Abstimmungen,

bei allfällig bestrittener Gültigkeit, auf Grund des Art. 59 litt. a O.-G. und Art. 113 Ziffer 3 B.-V. vor das Bundesgericht gehören, sei es wegen ihres nichtpolitischen Charakters, oder ihres beschränkten räumlichen Umfanges. Der Bundesrath stellte sich in seiner Rückäußerung auf den Standpunkt, daß bezüglich kantonaler Wahlen und Abstimmungen seine Kompetenz eine räumlich unbegrenzte sei und daß sachlich eine Unterscheidung sich nicht durchführen lassen würde. Er berief sich hiefür sowohl auf die Praxis der Bundesversammlung, als auch auf den vorwiegend politischen Charakter von Wahlen und Abstimmungen im Allgemeinen, welch' letzteres Moment seines Erachtens als Maßstab für Ausscheidung der bundesräthlichen und bundesgerichtlichen Befugnisse angenommen worden sei. Ebenso wies er in Sachen auf die Nothwendigkeit einer einheitlichen Rechtssprechung hin.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Art. 59 O.-G. zählt in Ziffer 9 unter diejenigen staatsrechtlichen Streitigkeiten, die ihrer administrativen Natur wegen der allgemeinen Kompetenz des Bundesgerichtes entzogen und den politischen Behörden zum Entscheid übertragen sind, auch diejenigen über kantonale Wahlen und Abstimmungen. Handelt es sich nun auch in concreto um eine bloße Bezirkswahl und nicht um eine Wahl von allgemeiner kantonaler Bedeutung, so liegt doch an Hand des Gesetzes ein Grund zur Unterscheidung nicht vor. Das Wort „kantonal" schließt ja in seinem weitern Sinne alles dasjenige in sich, was auf das Gebiet eines Kantons, sei es auch nur auf einen Theil desselben Bezug hat, und es ist daher mit dem Wortlaute des Gesetzes wohl vereinbar, daß unter dem Begriff „kantonale Wahlen und Abstimmungen" nicht blos diejenigen verstanden werden, welche das ganze Territorium eines Kantons umfassen, sondern auch solche, die blos innerhalb eines Bezirkes oder auch nur einer Gemeinde stattfinden.

2. Nach einem allgemeinen Gedanken unseres Bundesstaatsrechtes sollen wesentlich politisch-administrative Angelegenheiten dem Bundesrathe zur Entscheidung zufallen. Es findet sich dieser Gedanke in der Botschaft vom 23. Mai 1874 zum Organisationsgesetz in der Weise ausgedrückt, daß als leitender Gesichtspunkt für Ausscheidung der staatsrechtlichen Kompetenzen zwischen Bun-

desrath und Bundesgericht der gewählt worden sei, daß dem Bundesrathe alles dasjenige zu übertragen ist, was eine vorwiegend politische und administrative Natur hat, dem Bundesgerichte hingegen diejenigen Gebiete, auf welchen das Staatsrecht sich mit dem Privat- oder Strafrecht berührt, oder wo sonst rechtliche Momente vorzugsweise den Ausschlag geben (Bundesblatt I, 1874, S. 1077). An einer andern Stelle derselben Botschaft wird sodann gesagt, daß die Ausscheidung nach Materien sich zu bestimmen habe. (Ib. S. 1075 Al. 2). Dies alles spricht nun gegen eine verschiedene Behandlung, von Kantons- und Bezirkswahlen in Bezug auf die Kompetenz. Denn einerseits bezeichnet Art. 59 L. 2 O.-G. die Materie der kantonalen Wahlen und Abstimmungen überhaupt als administrativer Natur; andrerseits ist der Fall leicht denkbar, daß auch einer bloßen Gemeinde- oder Bezirkswahl ein wesentlich politischer Charakter zukommt. Ueberdieß aber könnte die Existenz zweier nebeneinander bestehender Rekursinstanzen zu unlösbaren Schwierigkeiten führen, während sowohl für die einen wie die andern Wahlen und Abstimmungen es sich um die Interpretation und Anwendung der nämlichen kantonalen Gesetze handelt. Aus diesen Gründen ist daher nach neuer Prüfung dieser Kompetenzfrage das Bundesgericht zu der Ueberzeugung gelangt, daß den politischen Behörden bei derartigen Rekursen durchweg die Kompetenz zustehen müsse.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf den Rekurs wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

90. *Arrêt du 21 Décembre 1891 dans la cause Morand et consorts.*

Le 16 Mai 1890 le Conseil d'Etat de Neuchâtel, à la demande du Conseil de la paroisse catholique chrétienne de la Chaux-de-Fonds, a rendu un arrêté portant ce qui suit :

« Art. 1er. Ne peuvent participer aux opérations du scru-
» tin pour l'élection d'un curé catholique chrétien des samedi
» et dimanche 17 et 18 Mai, que les citoyens appartenant à
» la paroisse catholique chrétienne.

» Art. 2. Le bureau électoral et le bureau de dépouille-
» ment seront composés exclusivement de citoyens apparte-
» nant à la paroisse catholique chrétienne. »

A la suite de cet arrêté, les citoyens appartenant à la dite paroisse furent seuls autorisés à prendre part à l'élection susmentionnée, laquelle aboutit à la nomination d'un curé catholique chrétien.

Le 20 Mai 1890, les partisans de la confession catholique romaine demandèrent au Grand Conseil de Neuchâtel de déclarer cette élection nulle et non avenue, comme contraire aux dispositions de la loi du 20 Mai 1873, règlant les rapports de l'Etat avec les Cultes, et notamment avec les art. 4 et 12 de cette loi.

Par décision du 9 Février 1891 le Grand Conseil, après discussion, passa à l'ordre du jour sur le recours.

C'est contre cette décision que l'avocat Gigon, à Moutier, au nom de 534 recourants a interjeté auprès du Tribunal fédéral un recours concluant à ce qu'il lui plaise : 1° annuler la dite décision, enlevant ou déniant aux recourants leur qualité d'électeurs dans la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds, ensemble tous les actes accomplis au mépris de leurs droits électoraux, notamment l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 Mai 1890, l'élection paroissiale des 17 et 18 Mai 1890, et plus généralement toutes les décisions prises en dehors de leur participation, postérieurement à ces dates, par l'assem-

blée paroissiale catholique de la Chaux-de-Fonds. 2° Faire application du 2e alinéa de l'art. 62 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale et condamner l'Etat de Neuchâtel aux dépens, — la dite décision violant concurremment, et en particulier les art. 4 (et accessoirement 49) de la constitution fédérale, 5 (et accessoirement 14) de la constitution neuchâteloise, et impliquant en outre un déni de justice.

A l'appui de ces conclusions, les recourants font valoir, en résumé, les considérations suivantes :

Depuis plusieurs années existait à la Chaux-de-Fonds une paroisse catholique, laquelle fut soumise à partir de 1873 à la loi organique du 20 Mai de la dite année, réglant les rapports de l'Etat avec les Cultes. Aux termes de cette loi, le législateur neuchâtelois reconnaissait comme cultes publics, le culte protestant, le culte catholique (art. 1er) et le culte israélite (art. 22) lesquels sont salariés par l'Etat. Cette organisation a pour base la paroisse, c'est-à-dire une circonscription territoriale, dont les habitants sont membres par cela seul qu'ils appartiennent au culte et réunissent les autres conditions de l'électorat paroissial (art. 4 *ibid.*).

La paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds resta ce qu'elle était dans sa majorité jusqu'au 29 août 1875, époque où M. Marchal, prêtre catholique libéral, fut élu curé, à l'encontre de la présentation de l'évêque de Lausanne et Genève. Les électeurs catholiques romains protestèrent contre cette élection, estimant qu'aux termes de l'art. 21 de la loi précitée, l'assemblée paroissiale ne pouvait élire pour curé que l'un des candidats présentés par l'évêque diocésain.

Le Conseil d'Etat, sous date du 3 Septembre 1875, et le Grand Conseil, dans sa séance du 15 Mai 1876, ont repoussé le recours contre l'élection de M. Marchal, en estimant entre autres qu'il est de l'essence des institutions démocratiques neuchâteloises que la majorité d'une paroisse, comme de tout autre corps électoral, puisse se manifester valablement dans les limites tracées par la loi.

Le comité de la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds, pour accentuer l'évolution commencée, adressa peu après au

Grand Conseil une pétition tendant à ce qu'il plaise à cette autorité prononcer que la paroisse de la Chaux-de-Fonds est détachée de l'évêché de Fribourg, et décréter qu'elle est autorisée à entrer dans la constitution de l'église évangélique chrétienne suisse, et à se joindre, cas échéant, à un évêché dont la création est étudiée en ce moment.

Cette pétition, bien qu'émanée du Conseil de paroisse seul, et non de la paroisse elle-même, fut néanmoins accueillie par le Grand Conseil, lequel, sous date du 27 Novembre 1876, a rendu un décret portant:

« Art. 1er. La paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds » est autorisée à se joindre au nouvel évêché de l'Eglise » catholique chrétienne de la Suisse.

» Art. 2. En conséquence le Conseil d'Etat entrera en » relation avec l'évêque du nouveau diocèse national suisse » pour l'exécution de l'art. 21 de la loi, réglant les rapports » de l'Etat avec les Cultes, lorsqu'il s'agira de la paroisse » de la Chaux-de-Fonds. »

Il n'y avait donc rien de changé dans la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds, sinon que l'évêque national suisse succédait à l'évêque de Fribourg dans le droit de présentation réservé par l'art. 21 de la loi organique. Pour tout le reste, les choses restèrent en effet ce qu'elles avaient été jusque-là, ce qui résulte de la circonstance qu'en 1884 et en 1887 les catholiques romains furent autorisés à prendre part à l'élection du curé.

Le 3 Mai 1890, une assemblée extraordinaire fut convoquée par le comité de paroisse, en vue d'abdiquer entre les mains du Gouvernement le droit de la paroisse d'élire son curé, et les catholiques romains furent autorisés à voter. Le lendemain 4 Mai, cette proposition fut repoussée par 383 voix contre 191, et le Conseil d'Etat a reconnu la validité de cette décision, et a convoqué le collège électoral de la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds pour les 17 et 18 Mai 1890, à l'effet d'élire son curé; le préfet fit publier par affiche la convocation et la composition du bureau électoral et du bureau de dépouillement, faisant entrer dans le premier de ces

bureaux quatre catholiques romains, à côté de quatre catholiques chrétiens.

Le Conseil de paroisse s'adressa alors au Conseil d'Etat, lui demandant de déclarer que les catholiques romains n'avaient pas le droit de participer à l'élection du curé. C'est alors que le Conseil d'Etat prit son arrêté du 16 Mai précité.

Un comité nommé par plus de 500 électeurs catholiques romains, que cet arrêté dépouillait de leur droit de vote, recourut au Grand Conseil pour faire annuler l'élection du curé, laquelle avait eu lieu dans l'intervalle, mais le Grand Conseil écarta ce recours.

Cette décision implique une inégalité de traitement devant la loi et un acte arbitraire. La loi ne reconnaît qu'un culte protestant et un culte catholique. Les recourants sont catholiques et ont par conséquent le droit de participer à l'élection du curé catholique de la Chaux-de-Fonds. Le Conseil d'Etat et le Grand Conseil ont ajouté un troisième culte, celui des catholiques chrétiens, à ceux reconnus par la loi. Il n'est pas vrai que le décret du 27 Novembre 1876, autorisant la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds à se joindre à l'Eglise catholique chrétienne suisse, ait eu pour effet d'accomplir une scission entre les catholiques romains et les catholiques chrétiens. Ce décret est en outre illégal, puisqu'il a été rendu ensuite d'une pétition du seul Conseil de paroisse. Ce décret ne pouvait, de même, avoir pour conséquence de modifier la loi de 1873, qui ne connnaît qu'un seul culte catholique.

De plus, l'art. 71 de la constitution neuchâteloise porte que tout changement aux bases fondamentales de l'organisation ecclésiastique sera soumis à la ratification du peuple, laquelle n'est pas intervenue.

Le décret de 1876 n'a pas eu l'intention de scinder la paroisse catholique, mais seulement de transférer à un autre évêque, l'évêque catholique chrétien, le droit de présentation du curé exercé jusqu'alors par l'évêque de Fribourg. La législation ecclésiastique doit régir le canton dans son ensemble, et aucune exception ne peut être faite pour la Chaux-de-

Fonds. Or le décret attaqué entraîne cette étrange conséquence que, tandis que pour faire partie de la paroisse catholique de cette localité, il faudrait être vieux-catholique, il suffirait d'être catholique, c'est-à-dire catholique romain ou vieux-catholique pour faire partie des autres paroisses catholiques du canton. L'art. 4 de la loi organique demande seulement que les citoyens, pour pouvoir exercer le droit électoral en matière ecclésiastique, appartiennent au culte de la paroisse ; tous les catholiques, indistinctement, professent ce culte, de par leur baptême. L'Etat n'a pas le droit de rechercher, à cet égard, si les électeurs se rattachent aux mêmes dogmes, ce que le Tribunal fédéral a reconnu dans ses arrêts du 31 décembre 1881 en la cause Rérat et consorts, et du 24 Juin 1882, en la cause Mérian-Iselin c. paroisse réformée de Lucerne, en matière d'impôts de culte.

A l'encontre de ces principes, les catholiques romains ont été tenus, lorsqu'ils ont voulu participer à l'élection de 1890, de déclarer s'ils appartenaient au culte vieux-catholique, alors qu'il n'existe à la Chaux-de-Fonds qu'une seule paroisse catholique, comprenant tous les électeurs de cette confession.

Le Conseil d'Etat, dans sa décision, fait une distinction entre vieux-catholiques, soit catholiques chrétiens, et catholiques romains, ce qui implique une inégalité de traitement, une violation des droits électoraux et de la liberté de conscience de ces derniers. La décision du Grand Conseil du 9 Février 1891 a confirmé et par suite renouvelé cette violation de droits constitutionnels, et donné ouverture à un nouveau grief, celui de déni de justice.

Dans sa réponse du 8 Mai 1891, le Conseil d'Etat de Neuchâtel conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

1° Se déclarer incompétent sur les motifs tirés de la violation des art. 4 et 49 de la constitution fédérale et des art. 5, 14 et 71 de la constitution neuchâteloise.

Subsidiairement, écarter ces moyens de recours comme mal fondés.

2° Ecarter comme mal fondé le déni de justice.

3° Condamner les recourants aux frais.

Ces conclusions se fondent, en substance, sur les motifs ci-après :

Avant 1848, le culte catholique était simplement toléré à la Chaux-de-Fonds ; la paroisse catholique n'avait aucune existence officielle. En 1837, les catholiques avaient obtenu l'autorisation d'y construire une chapelle. En vertu de l'art. 44 de la constitution fédérale de 1848, ils purent exercer librement leur culte. La loi neuchâteloise de 1849 sur les cures ou presbytères a eu pour effet de réunir les biens et revenus de l'Eglise au domaine de l'Etat, qui s'engageait en en retour à salarier les fonctionnaires ecclésiastiques relevant des cures auxquelles ces biens et revenus appartenaient. Il en était de même pour les paroisses catholiques, comme le Landeron et Cressier, qui possédaient des biens. Rien de pareil n'existait pour le culte catholique à la Chaux-de-Fonds ; en en salariant le desservant, l'Etat accomplissait un simple acte de munificence, auquel il n'était nullement tenu.

La revision de la loi ecclésiastique en 1873, nécessitée uniquement par l'état de crise où se trouvait alors l'Eglise protestante, régla à nouveau les rapports entre l'Eglise et l'Etat. Elle fait nommer les pasteurs par les paroisses, mais ce droit de vote ne saurait être assimilé au vote politique ; le droit de vote ecclésiastique n'est garanti par aucune constitution, et la loi neuchâteloise l'accorde aussi aux étrangers.

Au moment où la loi ecclésiastique fut adoptée en 1873, il y avait dans le canton de Neuchâtel un seul culte catholique : ce n'est que lors de l'apparition du « Kulturkampf » en 1875, qu'un curé libéral fut élu, les 28 et 29 Août, à la Chaux-de-Fonds : c'était là une réforme religieuse, dont le but et l'effet ont été de rompre avec la papauté et avec la curie romaine. Le clergé catholique de Neuchâtel adressa une protestation au Grand Conseil, demandant que le Conseil d'Etat fût invité à retirer la validation qu'il avait accordée au choix de M. Marchal, le 3 Septembre suivant, mais le Grand Conseil passa à l'ordre du jour. Sur ces entrefaites le Comité de la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds adressa, le

27 Novembre 1875, une requête au Grand Conseil, lui demandant de prononcer que cette paroisse est détachée de l'évêché de Fribourg et qu'elle est autorisée à entrer dans l'Eglise catholique chétienne suisse, ainsi que l'ont fait plusieurs autres églises sœurs.

Un rapport fut présenté par le Conseil d'Etat au Grand Conseil, sur la dite requête, le 20 Novembre 1876. Ce rapport constate que la minorité catholique romaine s'est séparée de la majorité et s'est constituée en église catholique indépendante; qu'il résulte, en outre, d'une déclaration du Synode national catholique chrétien que la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds fait partie intégrante du nouvel évêché de l'Eglise catholique chrétienne de la Suisse ; qu'en appelant un curé libéral, la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds s'est par le fait détachée du diocèse de Lausanne.

C'est alors que le Grand Conseil accorda, par décret du 27 Novembre 1876, l'autorisation demandée par la paroisse de la Chaux-de-Fonds.

Ensuite de ce décret, la situation des catholiques romains de la Chaux-de-Fonds est devenue la même que celle des églises protestantes indépendantes dans le canton de Neuchâtel.

Ces dernières peuvent s'organiser comme bon leur semble, mais il va de soi que leurs membres ne peuvent prendre part aux affaires et élections de paroisses nationales, dont les pasteurs sont seuls salariés par l'Etat. Il en est de même pour la minorité catholique romaine de la Chaux-de-Fonds.

C'est à tort que les recourants voient une illégalité dans le fait que le Grand Conseil a reconnu l'existence de la paroisse catholique chrétienne de la Chaux-de-Fonds ensuite d'une pétition du seul comité de cette paroisse. En effet, d'une part, le Grand Conseil a examiné la question de principe de savoir si la dite paroisse s'était réellement rattachée à l'évêché catholique suisse, et constaté l'existence de cette scission, et, d'autre part, la paroisse elle-même, déjà dans son assemblée générale du 30 Juillet 1876, a adopté un rè-

glement d'organisation et d'administration, sanctionné par le Conseil d'Etat le 15 Août suivant, portant en tête, en lettres capitales « Eglise catholique chrétienne de la Suisse. » L'art. 24 de ce règlement dit expressément que « les ecclésiasti- » ques desservant la paroisse sont tenus de se conformer » à la constitution de l'Eglise catholique chrétienne de la » Suisse. »

L'argument des recourants, portant qu'il n'existe aucune différence entre les catholiques chrétiens et les catholiques romains, sauf le fait que c'est un autre évêque qui est chargé des présentations de curés, ne supporte pas l'examen, puisque, depuis la scission, les catholiques romains ont formé une paroisse catholique romaine, construit une église, et refusé de célébrer leur culte dans la chapelle catholique de la Chaux-de-Fonds, dont le comité catholique chrétien leur offrait le libre usage ; ils ont déclaré que la célébration de leur culte ne pouvait avoir lieu dans une église également utilisée par des catholiques chrétiens, de la même manière que les catholiques romains de Lucerne ont refusé d'admettre les catholiques-chrétiens dans l'église de Mariahilf.

Il est vrai que le décret de 1876 a reconnu officiellement l'existence d'une paroisse catholique chrétienne à la Chaux-de-Fonds, alors que la loi de 1873 ne connaît aucune différence entre catholiques chrétiens et catholiques romains, mais le décret a précisément tenu compte, par là, des circonstances de fait qui s'étaient produites depuis 1873, ainsi que de la constitution fédérale de 1874. Ce décret a été promulgué par la seule autorité législative alors compétente, le referendum facultatif n'ayant été introduit que le 17 Novembre 1879. — Le recours contre le décret de 1876 est d'ailleurs tardif, attendu que c'est alors que les recourants eussent dû l'attaquer par la voie d'un recours de droit public. C'est sur ce décret de 1876 que s'appuie la décision du Conseil d'Etat du 16 Mai 1890, ainsi que la décision du Grand Conseil, prise après une longue discussion.

Ces deux autorités étaient compétentes, et il ne saurait être question, à cet égard, de déni de justice.

La circonstance qu'en 1884 et 1887 les catholiques romains ont pris part à l'élection du curé est différente. Si le préfet a cru devoir les y autoriser dans un but d'apaisement confessionnel, ce fait ne saurait préjuger la question d'interprétation de la loi organique.

L'Etat n'a pas pu agir autrement qu'il ne l'a fait, se trouvant en présence d'une paroisse catholique chrétienne reconnue officiellement par le décret de 1876, et de l'art. 4 de la loi de 1873 n'autorisant à voter que les citoyens appartenant au culte de la paroisse. Or les catholiques romains n'appartenaient pas à ce culte; c'est dès lors avec raison que la participation à la votation dans la paroisse catholique chrétienne leur a été interdite.

Il est également inexact que le bureau électoral se soit livré à un examen de la conscience des électeurs; il s'est borné à repousser les électeurs appartenant notoirement à un autre culte, et à demander à ceux qui lui étaient moins connus, s'ils appartiennent au culte de la paroisse; rien, dans cette question, tendant à constater si l'électeur remplit les conditions indispensables à l'exercice du droit du vote, ne ressemble à une inquisition odieuse ou à un attentat contre la liberté de conscience.

Au reste, la question de savoir si les art. 4 et 49 de la constitution fédérale, 5, 14 et 71 de la constitution neuchâteloise ont été violés, échappe à la compétence du Tribunal fédéral, et rentre exclusivement dans celle des autorités politiques de la Confédération. Le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour connaître des recours fondés sur l'art. 4 de la constitution fédérale, lorsqu'un pareil recours se rapporte à un conflit de droit public soulevé dans un des cas prévus à l'art. 50, al. 3 de la constitution fédérale. Il en est de même en ce qui touche les art. 5, 14 et 71 de la constitution cantonale, lesquels ne font que reproduire des principes inscrits dans la constitution fédérale, et à l'égard desquels c'est l'autorité politique qui est compétente.

Le Conseil d'Etat termine sa réponse en protestant de sa bienveillance pour les catholiques romains, qui ont toujours

été traités on ne peut plus libéralement dans le canton de Neuchâtel; c'est d'ailleurs ce que le Cardinal Mermillod a reconnu dans la lettre, écrite de Rome le 12 Mars 1891, par laquelle il prend congé du clergé et des fidèles qu'il avait administrés comme évêque de Lausanne et de Genève.

Enfin le Conseil d'Etat allègue que la majorité des signataires du recours sont des étrangers à la Suisse, des inconnus ou des protestants.

Dans leur réplique les recourants concluent au rejet de l'exception d'incompétence soulevée par l'Etat de Neuchâtel, attendu que le Tribunal fédéral a seul à statuer sur des violations des constitutions fédérale ou cantonales, notamment en matière d'égalité devant la loi. Il ne s'agit point dans l'espèce d'une contestation relative à l'art. 50 de la constitution fédérale, attendu que les recourants ne réclament pas des droits pour une fraction *séparée* d'une communauté religieuse.

Le recours ne concerne nullement, comme grief principal et indépendant, la violation, en la personne des réclamants, du droit de vote, mais ceux-ci ont été, contrairement au droit commun, traités autrement que les autres catholiques.

Au fond, la réplique maintient d'une manière générale le point de vue du recours, en ajoutant les nouveaux développements qui suivent:

Le décret du Grand Conseil de 1876, reconnaissant la paroisse catholique chrétienne de la Chaux-de-Fonds, n'est qu'une ordonnance de police, un acte émané du droit de haute surveillance de l'Etat; or cet acte n'a pu modifier la loi organique de 1873, laquelle ne connaît qu'un seul culte catholique. Le Grand Conseil peut, sans doute, interpréter cette loi, mais non point arbitrairement, sinon le droit de recours aux autorités fédérales demeure toujours ouvert.

La décision du Grand Conseil du 9 Février 1891 qui écarte la requête des recourants tendant à être admis en qualité d'électeurs, ne constitue pas une interprétation, mais bien un jugement. Les précédents de Mariahilf et de Trimbach, invoqués par la réponse, ne sont pas identiques à la contestation actuelle. Dans le premier, les vieux-catholiques de Lucerne

ont été déboutés parce qu'ils demandaient une faveur que le gouvernement a refusée à juste titre, parce qn'elle aurait eu pour effet de détourner l'église de Mariahilf de sa destination spéciale, tandis que les recourants actuels ne réclament que l'égalité dans le droit commun. En ce qui concerne le cas de Trimbach, il s'agissait de deux communautés distinctes, ce qui n'est point le cas dans l'espèce, où il n'existe qu'une seule paroisse légale.

Les critiques du Conseil d'Etat relatives à la qualité des recourants ne sont pas fondées ; la liste qu'il s'est fait préparer par la police des habitauts de la Chaux-de-Fonds est inexacte et erronée, ce qui se comprend dans un canton où il n'existe pas de listes électorales spéciales pour les paroisses.

Dans sa duplique le Conseil d'Etat reprend les conclusions de sa réponse, en constatant que les faits par lui allégués n'ont pas été contestés en réplique. Il ajoute que le décret de 1876, reconnaissant la paroisse catholique chrétienne comme église officielle ne saurait être assimilé à une ordonnance de police, mais constitue un acte de l'autorité législative, basé sur l'art. 39 de la constitution neuchâteloise.

Statuant sur ces faits et considérant :

En droit :

1° Le recours est exclusivement dirigé contre la décision du Grand Conseil du 9 Février 1891, et par conséquent contre la décision du Conseil d'Etat du 16 Mai 1890, interdisant aux électeurs se rattachant à la confession catholique romaine de participer à l'élection du curé de la paroisse catholique chrétienne de la Chaux-de-Fonds. Les conclusions du recours ne visent point, en revanche, le décret du Grand Conseil de Neuchâtel du 27 Novembre 1876, autorisant la paroisse catholique chrétienne de la Chaux-de-Fonds à se joindre au nouvel évêché de l'Eglise catholique chrétienne de la Suisse, et à s'organiser comme paroisse indépendante ; la validité de ce dernier décret n'est donc pas en question. Cette validité ne pourrait d'ailleurs être contestée aujourd'hui, attendu que le délai de recours contre cet acte du pouvoir législatif est dès longtemps expiré.

La question soulevée par le recours est donc celle de savoir si les dits recourants, adhérents de la confession catholique romaine, qui n'avaient d'ailleurs plus suivi le culte de la paroisse officielle depuis 1876, mais ont institué un culte spécial dirigé par un curé de leur choix et dans une église bâtie à leurs frais, ont le droit de s'immiscer dans les élections de la paroisse catholique chrétienne, organisée d'une manière autonome avec l'autorisation de l'Etat.

C'est là évidemment une contestation de droit public, à laquelle a donné lieu la scission, survenue entre des membres de l'ancienne paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds, en catholiques chrétiens et en catholiques romains. Un semblable litige ne peut être tranché par le Tribunal fédéral, les art. 50, al. 3 de la constitution fédérale et 59, chiffre 6° de la loi d'organisation judiciaire en réservant la solution aux autorités politiques de la Confédération. C'est de cette solution que dépend en première ligne le sort du recours, ainsi que la question de la prétendue inégalité de traitement; il en résulte que la compétence formelle du Tribunal fédéral au point de vue de l'art. 4 de la constitution fédérale se trouve dominée et absorbée par celle de fond que les dispositions précitées attribuent soit au Conseil fédéral, soit à l'Assemblée fédérale, et que le Tribunal fédéral ne saurait dès lors entrer en matière sur le recours, en tant que fondé sur l'inégalité de traitement signalée.

5° Il en est de même en ce qui concerne le grief emprunté à un déni de justice, dont l'existence est également subordonnée à la solution à intervenir dans la constatation de droit public née de la scission de la paroisse catholique de la Chaux-de-Fonds, en ce qui concerne l'interprétation donnée par les autorités neuchâteloises à la loi organique de 1873.

6° Les recourants s'appuient enfin sur la disposition de l'art. 71 de la constitution neuchâteloise, statuant que tout changement aux bases fondamentales de l'organisation ecclésiastique actuelle sera soumise à la ratification du peuple. Cette disposition constitutionnelle n'est toutefois d'aucune application en la cause, puisqu'elle ne prévoit la ratification

populaire que dans le cas où il s'agirait de modifier par une loi les principes généraux régissant les rapports de l'Eglise avec l'Etat.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Il n'est pas entré en matière pour cause d'incompétence, sur le recours du sieur Joseph Morand et consorts.

II. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

91. Urtheil vom 16. Oktober 1891 in Sachen Widmer und Lüscher.

A. Der Gemeinderath von Gränichen, Kantons Aargau, erhob gegen die Verehelichung der Rekurrenten Adolf Widmer von Gränichen und Bertha Lüscher von Muhen Einspruch. In der Einspruchsklage wurde der Einspruch ausschließlich darauf begründet, daß der Bräutigam blödsinnig sei. In der Verhandlung vor Bezirksgericht Aarau vom 18. Juli 1891 verlangte der Gemeinderath von Gränichen Sistirung der Beurtheilung bis zur Erledigung des von ihm bei der Obervormundschaftsbehörde eingereichten Begehrens, es sei die Zustimmungserklärung des Gemeinderathes von Muhen zur Ehe der Bertha Lüscher mit Adolf Widmer zu kassiren. Der Gemeinderath von Gränichen hatte nämlich beim Bezirksamte Aarau und nachdem er von diesem abgewiesen worden war, beim Regierungsrathe des Kantons Aargau geltend gemacht: Die Braut Bertha Lüscher sei noch nicht 20 Jahre alt, sie bedürfe daher zu ihrer Verehelichung, da die Eltern todt seien, der Einwilligung des Vormundes; der Gemeinderath von Muhen habe es aber unterlassen, ihr einen Vormund zu bestellen und habe die Einwilligung zur Ehe selbst ertheilt. Der Ehekonsens sei daher schon formell nichtig. Das Bezirksgericht Aarau entsprach

durch Beschluß vom 18. Juli 1891 dem gestellten Sistirungsbegehren.

B. Gegen diesen Beschluß beschweren sich die Brautleute, die Braut mit Handen ihres inzwischen bestellten Vormundes, im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte. Sie führen aus: Der Gemeinderath von Gränichen könne nur aus öffentlich-rechtlichen Gründen d. h. aus den Gründen des Art. 21 C.-St.-G. Einspruch gegen den Eheabschluß erheben; wegen mangelnder familienrechtlicher Zustimmung könne er dies nicht. In dieser Beziehung seien, da es sich um die Zustimmung der Braut handle, nur die Betheiligten auf der Brautseite und nicht diejenigen auf der Bräutigamsseite legitimirt. Sobald ein Eheeinspruch erhoben sei, beginne nach Art. 35 C.-St.-G. das gerichtliche Verfahren, welches selbstverständlich ununterbrochen fortzuführen und wobei die Entscheidung lediglich auf Grund des Bundesrechtes zu treffen sei. Das ganze Verfahren müsse von dem Grundsatze beherrscht werden, daß das Recht zur Ehe unter dem Schutze des Bundes stehe. Es sei bundeswidrig, wenn der bundesrechtliche Rechtsgang mit Rücksicht auf noch nicht vorhandene Entscheide der kantonalen Verwaltungsbehörde gestört werde. Der Richter habe lediglich auf Grund von Klage und Antwort zu entscheiden, ob der Einspruch ein begründeter sei. In der bundesrechtswidrigen Einstellung des Verfahrens auf unbestimmte Zeit liege auch eine Rechtsverweigerung. Demnach werde beantragt: Die Einstellungsschlußnahme des Bezirksgerichtes Aarau sei als null und nichtig zu erklären und sei das Bezirksgericht Aarau aufzufordern, ohne weitere Unterbrechung die begonnenen Prozeßverhandlungen zu Ende zu führen und ein Urtheil zu fällen, unter Kostenfolge.

C. Der rekursbeklagte Gemeinderath von Gränichen führt zunächst in thatsächlicher Beziehung aus, es handle sich bei der Verehelichung der Rekurrenten um einen Versuch des Gemeinderathes von Muhen, die kaum sechzehnjährige Braut, welche bereits außerehelich geboren habe, durch Verheirathung mit dem blödsinnigen Bräutigam, einem Angehörigen von Gränichen, abzuschieben; der Gemeinderath von Muhen habe dem Bräutigam ein Geldgeschenk von 200 Fr. versprochen, wenn er die Bertha

Lüscher heirathe. In rechtlicher Beziehung macht er wesentlich geltend: Der Gemeinderath von Gränichen sei unzweifelhaft berechtigt und verpflichtet, gegen die Verehelichung eines Blödsinnigen Einspruch zu erheben; sein Eheeinspruch stütze sich nur darauf, daß der Bräutigam blödsinnig sei. Bundesrechtliche Prozeßrechtsnormen über das Verfahren in Eheeinspruchsfällen bestehen nicht. Das Bundesgesetz schreibe nirgends vor, daß in Eheeinspruchsfällen das Verfahren nicht bis nach Erledigung entscheidender Vorfragen ausgesetzt werden dürfe. Im vorliegenden Falle handle es sich nun um eine solche entscheidende Vorfrage. Denn, wenn die obern Vormundschaftsbehörden die Einwilligung zur Ehe von Amteswegen aufheben, so fehle der Ehekonsens und es müsse der Eheabschluß schon aus diesem Grunde unterbleiben. Liege somit eine Verletzung des Civilstandsgesetzes nicht vor, so könne noch weniger von einer Rechtsverweigerung gesprochen werden. Eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung wäre übrigens erst nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges statthaft. Demnach werde beantragt: Die Rekurskläger seien mit ihrer staatsrechtlichen Beschwerde als einer unbegründeten abzuweisen.

D. Vermittelst nachträglicher Eingaben vom 3. September und 3. Oktober 1891 bringen die Rekurrenten dem Bundesgerichte zur Kenntniß: Der Regierungsrath des Kantons Aargau habe inzwischen die Beschwerde des Gemeinderathes von Gränichen gegen die Ehebewilligung abgewiesen; die Rekurrenten haben hierauf beim Bezirksgerichte Aarau Wiederaufnahme des Verfahrens verlangt. Dieses habe aber durch Zwischenurtheil vom 19. September 1891 dieses Begehren abgewiesen, weil der Gemeinderath von Gränichen gegen den Entscheid des Regierungsrathes den Rekurs an den Bundesrath ergriffen habe. Hieraus ergebe sich klar, daß es auf Verschleppung der Sache abgesehen sei und eine bundeswidrige Justizverweigerung vorliege.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Eheeinsprache des Gemeinderathes von Gränichen wird ausschließlich auf Art. 28 Ziffer 3 C.-St.-G. respektive auf die Behauptung begründet, der Bräutigam sei blödsinnig. Es liegt daher auf der Hand, daß für Beurtheilung dieses Einspruches das Schicksal der vom Gemeinderathe an den Regierungsrath des

Kantons Aargau und nunmehr an den Bundesrath gerichteten Beschwerde in keiner Weise präjudiziell, sondern gegentheils ohne allen Einfluß ist. Wenn das Bezirksgericht Aarau nichtsdestoweniger die Entscheidung über den Eheeinspruch mit Rücksicht auf das Schweben dieser Beschwerde sistirt hat, so muß hierin eine Verletzung des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe, speziell eine Verkennung der Stellung erblickt werden, welche dieses Gesetz dem Richter bei Beurtheilung von Eheeinsprüchen anweist. Wenn das Gesetz in Art. 38 und 35 die auf gesetzliche Vorschriften gestützten Eheeinsprachen den Gerichten zur Entscheidung zuweist, so will es, daß die Gerichte dieselben nach gepflogener gerichtlicher Verhandlung gestützt auf die gesetzlichen Vorschriften selbständig beurtheilen und gestattet ihnen nicht, die Entscheidung aus irgend welchen Zweckmäßigkeitsrücksichten auszusetzen, bis eine Verwaltungsbehörde über andere, für die Entscheidung über den erhobenen Einspruch ganz belanglose, Beschwerden entschieden hat. Ein gegentheiliges Verfahren verstößt gegen den klaren Willen des Bundesgesetzes und führt in seinen Folgen zu einer Beeinträchtigung des bundesverfassungsmäßig gewährleisteten Rechtes zur Ehe.

2. Danach ist der Rekurs für begründet zu erklären; denn derselbe ist, da es sich, wie gezeigt, um eine Verletzung bundesverfassungsmäßiger und bundesgesetzlicher Normen handelt, nach konstanter Praxis auch nicht etwa wegen mangelnder Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges verfrüht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird für begründet erklärt und es wird mithin den Rekurrenten ihr Rekursbegehren in der Hauptsache zugesprochen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

In Konkurssachen. — Droit de concours dans les faillites.

92. Urtheil vom 13. November 1891 in Sachen Préaud.

A. Leon Préaud in Lyon hatte gegen Homberg und Bock in München, welche einerseits in Romanshorn, andrerseits in Buchs (St. Gallen) Bretterlager besaßen, beim Friedensrichteramte Romanshorn den Rechtstrieb für eine (bestrittene) Forderung von 10,000 Fr. eingeleitet. Durch rechtskräftig gewordenes Urtheil des Bezirksgerichtes Arbon vom 31. Dezember 1888 wurden provisorische Schatzungsrechte, welche Préaud an einem von Homberg und Bock geleisteten Depositum von 10,000 Fr. zufolge Rechtstriebes und Rechtsöffnung erlangt hatte, unter der Auflage geschützt, daß Préaud die Forderung von 10,000 Fr. binnen 60 Tagen beim Civilgerichte von Lausanne einklage, welches von den Parteien durch Vertrag als zuständiges Gericht anerkannt worden war. Am 21. Juni 1890 geriethen Homberg und Bock in Buchs und am 1. Juli gleichen Jahres in München in Konkurs. Préaud, welcher verschiedene Forderungen an Homberg und Bock besaß, meldete dieselben an beiden Orten an, indem er für die Forderung von 10,000 Fr. das Depositum, (welches inzwischen bei der Bank in Winterthur zinstragend angelegt worden war) beanspruchte. Das Konkursverfahren in München wurde durch Be-

schluß des königlichen Amtsgerichtes München I vom 4. März 1891 wieder eingestellt, weil in München keine zu Deckung der Kosten ausreichenden Aktiven sich vorfanden. Innert der ihm durch das Urtheil des Bezirksgerichtes Arbon vom 31. Dezember 1888 angesetzten Frist hatte Préaud seine Forderung von 10,000 Fr. beim Civilgerichte von Lausanne eingeklagt und es wurde ihm dieselbe durch Kontumazialurtheil vom 8. November 1890 zugesprochen. Gestützt auf dieses Urtheil verlangte Préaud vom Friedensrichteramte Romanshorn Herausgabe der bei demselben deponirten 10,000 Fr. Der Gerichtspräsident von Arbon, an welchen sich das Friedensrichteramt um Weisung wendete, untersagte indeß mit Rücksicht auf den inzwischen eingetretenen Konkurs über Homberg und Bock und die Einsprache der Konkursbehörde die Herausgabe des Geldes, und die Rekurskommission des thurgauischen Obergerichtes wies durch Entscheid vom 5. März 1891 eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ab. Nunmehr betrat Préaud den ordentlichen Prozeßweg vor den thurgauischen Gerichten gegen die Konkursbehörde im st. gallischen Konkurse über Homberg und Bock (Auffallskommission Werdenberg), indem er beantragte, dieselbe sei als pflichtig zu erklären, seinen Anspruch auf das vom Friedensrichteramte Romanshorn verwaltete Depositum im Betrage von 10,000 Fr. nebst Zins anzuerkennen und ihre Einsprache gegen die Aushingabe desselben zurückzuweisen. Er wurde indeß mit seinem Begehren in beiden Instanzen abgewiesen, vom Obergerichte des Kantons Thurgau durch Entscheidung vom 29. August 1891 und mit der Begründung: Die beim Friedensrichteramte Romanshorn deponirten 10,000 Fr. gehören in die st. gallische Konkursmasse von Homberg und Bock, da dieser nach bundesrechtlichen Grundsätzen das gesammte bewegliche Vermögen der falliten Firma zufalle, wo in der Eidgenossenschaft dasselbe auch gelegen sein möge. Es seien deßhalb die thurgauischen Behörden nicht befugt, über dieses Depositum irgendwie zu verfügen, sondern diese Verfügungsbefugniß stehe einzig und allein dem st. gallischen Konkursrichter zu, welchem sich Préaud außerdem durch vorbehaltlose Eingabe seiner Forderung im st. gallischen Konkurse noch ausdrücklich unterworfen habe. Am 7. September 1891 fanden die Kollokationsverhandlungen im Konkurse

Homberg und Bock in Buchs statt. Dabei wurde L. Préaud mit 10,398 Fr. als Schatzungsrechtsgläubiger in II. Klasse (mit einer weitern Forderung von 32,817 Fr. 05 Cts. in IV. Klasse als Kurrentgläubiger) kollozirt. Am 25. September 1891 wies die Auffallskommission Werdenberg die Bank in Winterthur an, die deponirten 10,000 Fr. mit Zins, abzüglich indes eines der Konkurskommission für Kosten vorab auszubezahlenden Betrages von 290 Fr., dem L. Préaud auszubezahlen. Der von der Masse beanspruchte Kostenbetrag setzt sich zusammen aus 140 Fr. Kosten des vor den thurgauischen Gerichten geführten Prozesses und 150 Fr. an Konkurskosten, welche die Auffallskommission dem Préaud wegen durch ihn verursachter Verzögerung der Austragung des Konkurses aufgelegt hat.

B. Mit Eingabe vom 5. Oktober 1891 ergriff L. Préaud gegen das Urtheil des thurgauischen Obergerichtes vom 29. August 1891 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, mit dem Antrage, es sei dasselbe aufzuheben unter Kostenfolge. Er behauptet, dieses Urtheil verweigere die Vollziehung der rechtskräftigen Urtheile des Bezirksgerichtes von Arbon vom 31. Dezember 1888 und des Civilgerichtes von Lausanne vom 8. November 1890, welche ihm ein Pfandrecht an dem Depositum zusprechen und nur im Kanton Thurgau vollzogen werden können. Es liege daher eine Verletzung des Art. 61 B.-V. sowie eine Rechtsverweigerung vor.

C. Die rekursbeklagte Auffallskommission Werdenberg beantragt:

a. Es sei der staatsrechtliche Rekurs des L. Préaud in Lyon gegen das Urtheil des thurgauischen Obergerichtes vom 29. August laufenden Jahres abzuweisen;

b. Es seien ihr für ihre Bemühungen angemessene Kosten zu sprechen.

Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend: Die deponirten 10,000 Fr. bilden, wie das angefochtene Urtheil darthue, ein Aktivum der st. gallischen Konkursmasse. Habe der Rekurrent ein rechtskräftiges Urtheil rücksichtlich dieses Aktivum zum Vollzuge bringen wollen, so habe er sich an die st. gallischen, konkordatsmäßig einzig zuständigen Behörden wenden müssen und

nicht an die Behörden des Kantons Thurgau. Der Rekurrent habe sich auch dem st. gallischen Konkursgesetze und Konkursverfahren unterworfen, indem er seine Forderung im st. gallischen Konkurse eingegeben und gegen seine Kollokation in demselben nicht protestirt habe. Der Bestand der Forderung des Rekurrenten sowie dessen Stellung als Schatzungsgläubiger seien von der Masse nicht bestritten worden; es habe sich nur um die Klassifikation im st. gallischen Konkurse gehandelt. Hierüber habe aber nur der st. gallische Richter entscheiden können. Eine Verletzung des Art. 61 B.-V. liege also nicht vor, da der Rekurrent ein Begehren um Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils bei einer zuständigen Behörde nicht gestellt habe; überdies sei ein solches Begehren gar nicht nöthig gewesen, da die Vollstreckung nie verweigert worden sei. Gegen den ihm gemachten Abzug könne sich der Rekurrent nicht beschweren, da in dieser Richtung das Bundesgericht nicht kompetent sei und er die Rektifikation des kollozirten Betrages, bei dessen Festsetzung die Kosten abgezogen worden seien, binnen nützlicher Frist nicht verlangt habe.

D. Das Obergericht des Kantons Thurgau verweist auf die Gründe seiner angefochtenen Entscheidung und die Vernehmlassung der Rekursbeklagten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Art. 61 B.-V. bezieht sich, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, nur auf die Vollstreckung außerkantonaler schweizerischer Civilurtheile, nicht dagegen auf die Vollstreckung von Urtheilen der Gerichte des eigenen Kantons. Danach liegt hier eine Verletzung des Art. 61 B.-V. nicht vor. Denn die Pfandrechtsansprache des Rekurrenten, deren Vollziehung dieser bei den thurgauischen Gerichten verlangte, stützt sich auf das Urtheil des Bezirksgerichtes Arbon vom 31. Dezember 1888 und nicht auf das Kontumazialurtheil des Civilgerichtes Lausanne vom 8. November 1890. Allerdings war die Vollstreckbarkeit des erstern, das Pfandrecht des Rekurrenten für den Fall des Bestandes seiner Forderung anerkennenden, Urtheils dadurch bedingt, daß der Bestand der Forderung vorerst festgestellt werde und ist letzteres durch das Kontumazialurtheil des Civilgerichtes Lausanne vom 8. November 1890 geschehen. Allein der Pfandrechtsanspruch des Re-

kurrenten stützt sich doch nicht auf dieses Urtheil, aus welchem, für sich allein genommen, er ja gar nicht folgt, sondern auf das Urtheil des Bezirksgerichtes Arbon. Indem der Rekurrent die Realisirung seines Pfandrechtes verlangte, hat er die Vollstreckung des letztern Urtheils betrieben, wobei durch das Kontumazialurtheil des Civilgerichtes Lausanne lediglich festgestellt war, daß die Bedingung der Vollstreckbarkeit des das Pfandrecht anerkennenden thurgauischen Urtheils eingetreten sei.

2. Liegt somit eine Verletzung des Art. 61 B.-V. nicht vor, so beruht dagegen das angefochtene Urtheil auf einer unrichtigen Auslegung der eidgenössischen, das Konkursrecht betreffenden Konkordate, speziell des Konkordates vom 7. Juni 1810. Wie nämlich das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat, (siehe Entscheidungen, Amtliche Sammlung VIII, S. 231 u. ff.; XI, S. 457) können nach Art. 2 des Konkordates vom 7. Juni 1810 auch richterliche (Pfändungs-) Pfandrechte, wie vertragliche und gesetzliche Pfandrechte, trotz des über den Schuldner ausgebrochenen Konkurses, im Gerichtsstande der gelegenen Sache realisirt werden. Danach war denn der Rekurrent berechtigt, die Realisirung seines Pfändungspfandrechtes im Kanton Thurgau zu verlangen, d. h. also, da nach Lage der Sache die Realisirung des Pfandrechtes eben hierin bestand, dort die Aushändigung der deponirten Geldsumme zu verlangen und war letztere also nicht kraft Konkordates an die st. gallische Konkursmasse auszuliefern oder als Bestandtheil derselben zu behandeln. Zweifelhaft mag zwar sein, ob nicht die Kantonalgesetzgebung, unerachtet der Konkordatsbestimmungen, befugt wäre, auch für interkantonale Verhältnisse vorzuschreiben, daß Pfänder in die Konkursmasse abzuliefern seien und der Pfandgläubiger in derselben seine Befriedigung suchen müsse. Allein hierum handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Denn das angefochtene Urtheil stützt sich nicht darauf, daß die kantonale Gesetzgebung dieses Verfahren vorschreibe, sondern vielmehr darauf, daß die eidgenössischen Konkordate dasselbe postuliren. Dies ist aber eben, wie gezeigt, nicht richtig. Wenn auch vielleicht die eidgenössischen Konkordate die Kantonalgesetzgebung nicht hindern, aus der Universalität des Konkurses den gedachten Folgesatz zu ziehen, so schreiben sie denselben doch jedenfalls nicht

vor; vielmehr hat es nach den Konkordaten dabei sein Bewenden, daß Pfandrechte aller Art, auch nach ausgebrochenem Konkurse, im Gerichtsstand der gelegenen Sache realisirt werden können.

3. Die Beschwerde erscheint danach als begründet, sofern nicht etwa der Rekurrent auf seine konkordatsmäßigen Rechte verzichtet hat. Dies ist indeß nicht der Fall. Bei Anmeldung der Forderung von 10,000 Fr. im st. gallischen Konkurse hat der Rekurrent erklärt, daß er für diese Forderung das Depositum von 10,000 Fr. beanspruche, nicht aber, daß er im Konkurse auf dasselbe angewiesen zu werden verlange. In der bloßen Anmeldung der Forderung aber liegt ein Verzicht auf die Realisirung des Pfandrechtes im Gerichtsstande der gelegenen Sache noch nicht; dieselbe hatte ihre Bedeutung insbesondere auch für den Fall, daß das Pfandrecht des Rekurrenten richterlich nicht anerkannt worden wäre. Ebensowenig liegt in dem Stillschweigen des Rekurrenten auf die Mittheilung der Konkurskollokation ein Verzicht auf seine konkordatsmäßigen Rechte. Durch die Konkurskollokation konnte ja der Rechtsstellung des Rekurrenten nicht präjudizirt, es konnte ihm dadurch das Recht, die von ihm verlangte Realisirung des Pfandrechtes weiter zu betreiben, insbesondere gegen den abweisenden Entscheid des kantonalen Obergerichtes in der bundesgesetzlichen Rekursfrist an das Bundesgericht zu rekurriren, nicht entzogen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es wird mithin dem Rekurrenten sein Rekursbegehren zugesprochen.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Uebergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt. — Empietement dans le domaine du pouvoir législatif.

93. Urtheil vom 21. November 1891 in Sachen Teuber.

A. Durch Beschluß vom 30. Juli 1891 hat der Regierungsrath des Kantons Bern die von der Polizeidirektion verfügte bleibende Ausweisung der (wiederholt wegen gewerbsmäßiger Kuppelei gerichtlich bestraften) Lina Teuber geb. Schertenleib von Gansingen (Aargau) aus dem Kanton Bern genehmigt und gestützt auf Art. 1 des kantonalen Dekretes vom 1. März 1858 die Strafandrohung auf Widerhandlung gegen diesen Ausweisungsbeschluß d. h. das Betreten des bernischen Gebietes ohne vorgängige spezielle Erlaubniß der Polizeidirektion, festgesetzt auf eine Buße von 50 Fr. bis 200 Fr. und dazu öffentliche Arbeit von acht Tagen.

B. Gegen diesen Beschluß ergriff Lina Teuber den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, behauptend:

1. Der angefochtene Beschluß enthalte einen verfassungswidrigen Eingriff sowohl in das Gebiet der gesetzgebenden als der richterlichen Gewalt. Nach § 41 K.-V. stehe dem Regierungsrath ein Recht, Gebote und Verbote mit Bußandrohungen zu erlassen nur zur Abwendung plötzlicher Gefahren für den sanitarischen oder

ökonomischen Zustand des Landes zu. Da dieser Thatbestand hier nicht vorliege, fehle es dem angefochtenen Beschlusse an einer verfassungsmäßigen Grundlage; denn kein Gesetz erkläre das Betreten des Kantonsgebietes durch Personen, welchen die Niederlassung entzogen worden sei, als strafbar. Der Regierungsrath stütze seine Schlußnahme auf das großräthliche Dekret vom 1./2. März 1858, welches bestimme: „Wiederhandlungen gegen Verordnungen, Reglemente und andere Beschlüsse, welche innerhalb der Verfassung und der Gesetze vom Regierungsrathe ausgehen oder von demselben die Sanktion erhalten, sind mit einer Buße von 1 Fr. bis 200 Fr. mit öffentlicher Arbeit bis zu 8 Tagen oder mit Gefangenschaft bis zu 3 Tagen zu bestrafen, sofern in die betreffenden Verordnungen, Reglemente und Beschlüsse die Strafandrohung aufgenommen worden ist." Dieses Dekret sei aber verfassungswidrig. Weder aus § 37 noch aus § 39 der Kantonsverfassung lassen sich die dem Regierungrathe durch das Dekret ertheilten Befugnisse ableiten. Es möge zuläßig sein, den Erlaß von Ausführungsbestimmungen zu einem Gesetze dem Regierungsrathe zu übertragen und Widerhandlungen gegen diese Bestimmungen im Gesetze selbst mit Strafe zu bedrohen. Dann sei es aber das Gesetz und nicht wie hier der Regierungsrath, welcher die Strafe androhe. Sollte übrigens auch das Dekret als verfassungsmäßig erachtet werden, so wäre es doch im vorliegenden Falle nicht anwenbar. Denn es verleihe dem Regierungsrathe die Befugniß nicht, Mißachtung von Verfügungen, die er gegen einzelne Personen getroffen habe, mit Strafen zu belegen. Eine derartige Verfügung gegenüber einzelnen Personen erscheine ihrem Inhalte nach als ein Strafurtheil, zu dessen Erlaß der Regierungsrath verfassungsmäßig nicht kompetent sei. Thatsächlich sei der Regierungsrath zu Anwendung des Dekretes vom 1. März 1858 auf Fälle der Widerhandlung gegen einen von ihm erlassenen Ausweisungsbeschluß lediglich deßhalb gelangt, weil die Gerichte erklärt haben, eine solche Widerhandlung sei nicht als Verweisungsbruch nach dem Strafgesetze strafbar, da als Verweisungsbruch sich nur der Bruch einer durch Strafurtheil auferlegten Verweisung qualifizire.

2. Die angefochtene Entscheidung verletze die in § 79 K.-V.

gewährleistete Niederlassungsfreiheit, welche nach Art. 60 K.-V. auch dem kantonsfremden Schweizerbürger zu gute komme. Die Gesetzgebung des Kantons Bern gestatte nirgends, Kantonsbürgern die Niederlassung wegen erlittener gerichtlicher Bestrafungen zu verweigern oder zu entziehen; das nämliche müsse auch für Schweizerbürger gelten. In der That sei denn auch durch den bernischen Großen Rath anerkannt worden, daß rücksichtlich der strafgerichtlichen Ausweisung Kantons- und Schweizerbürger gleichzuhalten seien, speziell daß die Verweisungsstrafe nach der Bundesverfassung von 1874 gegenüber allen Schweizerbürgern ausgeschlossen sei. Das gleiche müsse auch für die polizeiliche Ausweisung, wie sie hier angeordnet worden sei, gelten; diese sei von einer bundesrechtlich, nach Art. 44 B.-V., unzuläßigen Verbannung, nur dem Namen, nicht der Sache nach, verschieden.

3. Wenn eingewendet werden wolle, die Bundesverfassung gestatte im vorliegenden Falle gemäß Art. 45 Abs. 3 den Entzug der Niederlassung, so sei zu erwidern, daß Entzug der Niederlassung nicht gleichbedeutend mit polizeilicher Wegschaffung und Bestrafung beim Betreten des Gebietes des ehemaligen Niederlassungskantons sei. Zudem sei durch Art. 45 B.-V. den Kantonen nicht zur Pflicht gemacht, die dort aufgestellten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit anzuwenden; es stehe ihnen frei, die Niederlassungsfreiheit im weitern Umfange als die Bundesverfassung anzuerkennen. Dies habe nun der Kanton Bern in seiner Kantonsverfassung gethan.

Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht möge die Schlußnahme des Regierungsrathes des Kantons Bern vom 22. Juli 1891 gegen die Rekurrentin aufheben unter Folge der Kosten.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde bemerkt der Regierungsrath des Kantons Bern im Wesentlichen:

1. Keine Bestimmung der bernischen Kantonsverfassung verbiete direkt oder indirekt den Erlaß von Strafandrohungen durch die Verwaltungsbehörden allgemein und absolut. Es sei demnach noch nie Jemandem eingefallen, z. B. polizeiliche Strafbestimmungen regierungsräthlich sanktionirter Gemeindereglemente für verfassungswidrig zu erklären. Solche Strafbestimmungen seien

vielmehr von allen Gerichtsinstanzen stetsfort unbedenklich angewendet worden. Um so weniger sei der Große Rath verfassungsmäßig gehindert gewesen, dem Regierungsrathe im Wege der Gesetzgebung die im Dekrete vom 1. März 1858 enthaltenen Befugnisse ausdrücklich zu verleihen und näher zu normiren. Wenn der Regierungsrath von dieser ihm durch den Gesetzgeber ausdrücklich verliehenen Befugniß Gebrauch gemacht habe, so habe er die Verfassung nicht verletzt. Ein Strafurtheil liege in dem angefochtenen Beschlusse natürlich nicht. da ja die Verhängung der Strafe im Falle einer Uebertretung der Ausweisung immer dem ordentlichen Richter vorbehalten bleibe.

2. Art. 79 K.-V. gewährleiste die Niederlassungsfreiheit nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalte polizeilicher Bestimmungen. Als solche polizeiliche Bestimmungen kommen für Schweizerbürger anderer Kantone die Bestimmungen des Art. 45 B.-V. in Betracht und diese können selbstverständlich nicht als aufgehoben angesehen werden durch den Art. 60 der nämlichen Bundesverfassung, welcher in seiner Allgemeinheit eben durch Art. 45 mit Bezug auf das Niederlassungswesen eingeschränkt werde. Daß Art. 44 Abs. 1 B.-V. nicht verletzt sei, da die Rekurrentin nicht bernische Kantonsangehörige sei, bedürfe keiner weitern Ausführung. Demnach werde auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die angefochtene Schlußnahme enthält ein doppeltes; einmal ist der Rekurrentin die Niederlassung in Bern entzogen und sie darauf gestützt aus dem Gebiete dieses Kantons weggewiesen worden; andrerseits ist ihr für den Fall einer Widerhandlung gegen diese Verfügung gestützt auf das Dekret des bernischen Großen Rathes vom 1. März 1858 eine Strafe angedroht worden.

2. Insoweit die Beschwerde gegen die Wegweisung aus dem bernischen Gebiete sich richtet, erscheint dieselbe als unbegründet. Die Wegweisung der Rekurrentin aus dem bernischen Kantonsgebiete stützt sich unzweifelhaft auf Art. 45 B.-V. Die Rekurrentin behauptet nicht, daß dieselbe nach dieser Verfassungsbestimmung nicht habe verhängt werden dürfen und es wäre denn auch

das Bundesgericht zu Beurtheilung einer auf Verletzung des Art. 45 B.-V. begründeten Beschwerde nicht kompetent. Es muß also davon ausgegangen werden, daß die Wegweisung der Rekurrentin eine nach Art. 45 B.-V. zuläßige Maßregel sei. Ist dem aber so, so ist klar, daß von einer Verletzung des Art. 44 Abs. 1 B.-V. nicht die Rede sein kann. Wenn sodann die Rekurrentin behauptet, die Wegweisung verletze den Art. 79 der bernischen Kantonsverfassung, welcher die Niederlassungsfreiheit in weiterm Umfange gewährleiste als die Bundesverfassung, so ist dies nicht richtig. Art. 79 K.-V., welcher die Niederlassungsfreiheit nur unter Vorbehalt „polizeilicher Bestimmungen" garantirt, geht in der Gewährleistung derselben durchaus nicht weiter als Art. 45 B.-V.; im Gegentheil ist die Gewährleistung der letztern Verfassungsbestimmung, welche die Voraussetzungen, unter welchen die Niederlassung verweigert oder entzogen werden kann, abschließend in der Verfassung selbst feststellt, offenbar die weitergehende. Das Niederlassungsrecht der Kantons- und Schweizerbürger wird daher seit Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1874 ausschließlich durch letztere und gar nicht mehr durch Art. 79 K.-V. normirt.

3. Was sodann die dem Wegweisungsbeschlusse beigefügte Strafandrohung anbelangt, so kann dieselbe jedenfalls nicht deßhalb als verfassungswidrig angefochten werden, weil ein Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt vorliege. Denn ein Strafurtheil enthält die angefochtene Schußnahme durchaus nicht; sie verhängt nicht eine Strafe, sondern sie droht nur die Bestrafung für den Fall der Widerhandlung gegen den Wegweisungsbeschluß an; die Verhängung der Strafe selbst bleibt dem ordentlichen Richter vorbehalten. Ebenso kann in der Strafandrohung ein Uebergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt nicht gefunden werden. Dieselbe stützt sich auf einen vom Gesetzgeber ausgehenden Erlaß, das Dekret vom 1. März 1858. Dieser aber erscheint nicht als verfassungswidrig. Er überträgt nicht dem Regierungsrathe den Erlaß von Strafgesetzen, sondern er setzt selbst eine Strafe für Uebertretung regierungsräthlicher oder regierungsräthlich genehmigter Schlußnahmen fest, sofern die Strafandrohung in letztere aufgenommen ist und sofern dieselben vom

Regierungsrathe innerhalb der Schranken seiner Kompetenz erlassen sind. Dies erscheint aber nicht als verfassungswidrig, so wenig wie ein Strafgesetz, welches im allgemeinen den Ungehorsam gegen behördliche Anordnungen mit Strafe bedrohen würde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Uebergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt. — Empiétement dans le domaine du pouvoir judiciaire.

94. Urtheil vom 30. Oktober 1891 in Sachen römisch-katholische Kirchgemeinde Trimbach.

A. Die katholische Gemeinde Trimbach (Kantons Solothurn) hatte durch Mehrheitsbeschluß die Anerkennung des Unfehlbarkeitsdogmas verweigert und war der christkatholischen Kirche der Schweiz beigetreten. Im Jahre 1881 organisirte sich die „christkatholische Kirchgemeinde" Trimbach als solche und es erhielt ihre Organisation am 8. Oktober 1881 die staatliche Genehmigung. Die römisch-katholischen Einwohner von Trimbach, welche dem christkatholischen Gottesdienste in der Pfarrkirche zu Trimbach fern blieben, hatten sich anfänglich zu einer privaten Religionsgenossenschaft vereinigt. Am 8. Oktober 1888 konstituirten sie sich als besondere Korporation mit öffentlich-rechtlichem Charakter unter dem Namen „Katholische Kirchgemeinde Trimbach, in Vereinigung mit der gesammten römisch-katholischen Kirche, umfassend alle im Gemeindebezirk Trimbach wohnenden Konfessionsangehörigen." Am 26. Mai 1888 erhielt ihre Organisation die regierungsräthliche Genehmigung. Die katholische respektive römisch-katholische Kirchgemeinde Trimbach erhob nunmehr gegen die im Besitze des Lokal-

kirchengutes gebliebene christkatholische Gemeinde Trimbach vor den solothurnischen Gerichten Civilklage mit den Anträgen: „I. Klägerin ist im Eigenthum, in der Verwaltung und Nutznießung des gesammten Kirchenvermögens der katholischen Kirchgemeinde Trimbach . . . . . zu schützen und Verantworterin pflichtig, soweit sie sich zur Zeit im Besitze dieses Vermögens befindet, dasselbe an die Klägerin zu extradiren sammt Zinsvergütung seit 1. Januar 1881, eventuell II. Klägerin verlangt: a Theilung des Eigenthums am Kirchenvermögen von Trimbach, eventuell b Theilung des Fruchtgenusses an diesem Vermögen ad. a eventuell b pro rata der Seelenzahl oder aber der stimmberechtigten Kirchgenossen der eint und der andern Partei bei Anhebung hierortiger Klage und es ist Verantworterin gehalten (ad a eventuell b) das Mehrbetreffniß über den sie betreffenden Antheil hinaus an die Klägerin zu extradiren, berechnet auf den 1. Januar 1881. Maßgebend für bezügliche Ansprüche der Klägerin in Betreff der Zahl der Stimmberechtigten ist die Zahl 213 anzunehmen." Die christkatholische Kirchgemeinde Trimbach bestritt die Kompetenz der ordentlichen Gerichte, weil es sich um eine von den Verwaltungsbehörden zu beurtheilende öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Diese Einrede wurde von beiden Instanzen für begründet erklärt, vom Obergericht des Kantons Solothurn durch Entscheidung vom 13. Februar 1891 und im Wesentlichen mit der Begründung: § 1 des kantonalen Gesetzes über Aufhebung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 18. März 1851 bestimme unter anderm: Von denjenigen Streitigkeiten, welche nach bisherigen Vorschriften der Entscheidung der Verwaltungsgerichte anheimfielen, hat der Regierungsrath, ohne Anwendung richterlicher Prozeßformen folgende zu entscheiden: „Ueber Benutzung von Gemeindeanstalten und Gemeindevermögen, wenn es sich um die Art und Weise der Benutzung im Allgemeinen handelt." Nach dieser Gesetzesbestimmung habe im vorliegenden Falle der Regierungsrath und nicht die Gerichte zu entscheiden. Denn es handle sich darum, ob die Benutzung des Vermögens der Kirchgemeinde Trimbach der römisch-katholischen Kirchgemeinde zustehe, eventuell werde Theilung dieses Vermögens verlangt. Derartige Streitigkeiten fallen unter die angeführte Gesetzesbestimmung; dem Regierungsrath habe die Be-

fugniß über die Erhaltung und zweckbestimmungsgemäße Verwendung von Gemeindegut, insbesondere von Kirchengut zu wachen, im weitesten Umfange eingeräumt werden wollen. Es sei diese Auslegung des Gesetzes auch nicht, wie die Klägerin behaupte, mit dem geltenden kantonalen Verfassungsrechte oder mit Art. 58 B.-V. unvereinbar. Allerdings stelle die geltende Kantonsverfassung, wie überhaupt die kantonalen Verfassungen seit 1856, das Prinzip der Gewaltentrennung ohne Beschränkung auf, und enthalte nicht, wie die Kantonsverfassung von 1851, eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts, daß das Gesetz zu verfügen habe, welche von den bisher den Verwaltungsgerichten zugewiesenen Streitigkeiten von den Civilgerichten zu beurtheilen, welche dagegen vom Regierungsrathe zu behandeln seien. Allein letzteres erkläre sich leicht daraus, daß eben zur Zeit des Erlasses der geltenden Verfassung ein sachbezügliches Gesetz schon bestanden habe und ihm daher nicht mehr habe gerufen zu werden brauchen. Die Kompetenz des Regierungsrathes sei durch das Gesetz von 1851 und den Art. 38 Ziffer 4 K.-V. gegeben, wonach der Regierungsrath innerhalb seiner Kompetenz über die an ihn gerichteten Rekurse, Petitionen und Beschwerden zu entscheiden habe. Es habe denn auch in der Praxis bei Trennung von Pfarreien stets der Regierungsrath über die Vermögensausscheidung entschieden. Wenn die Klägerin behaupte, es handle sich im vorliegenden Falle nicht um eine öffentlich-rechtliche, sondern um eine privatrechtliche Streitigkeit, so sei darauf zu erwidern, daß das Gesetz vom 18. März 1851 sich allgemein ausdrücke und daß immerhin der Klageanspruch seine Wurzel in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse habe. Uebrigens enthalte die solothurnische Kantonsverfassung keine Begriffsbestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; sie schließe daher nicht aus, daß gewisse Streitigkeiten, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als bürgerliche zu qualifiziren seien, durch das Gesetz den Administrativbehörden zugewiesen werden.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die römisch-katholische Kirchgemeinde Trimbach den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekursschrift beantragt sie, das Bundesgericht möge erkennen:

1. Das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Solothurn

vom 13. Februar abhin in Sachen der römisch-katholischen Kirchgemeinde Trimbach gegen christkatholische Kirchgemeinde Trimbach und damit bezügliches Urtheil des Amtsgerichtes Olten-Gösgen datirt den 21. November 1890 sind als verfassungswidrig und nichtig aufgehoben.

2. Verantworterin und Incidentalklägerin, hierortige Rekursbeklagte hat die von der Klägerin, Incidentalbeklagten und Rekurrentin unterm 8. Juli 1890 beim Richteramte Olten-Gösgen angehobene Klage einläßlich zu beantworten und sind die solothurnischen Gerichte, Amtsgericht Olten-Gösgen und Obergericht, gehalten, in Hauptsachen zu urtheilen.

Sie führt aus, die angefochtene Entscheidung enthalte eine Rechtsverweigerung (Art. 4 B.-V., 12 K.-V.), eine Verletzung des Prinzips der Gewaltentrennung, der Grundsätze, daß die Rechtspflege in bürgerlichen Rechtssachen einzig durch die verfassungsmäßigen Gerichte ausgeübt und niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe (Art. 4, 40, 12^{10} K.-V. und Art. 58 B.-V.). Die Streitigkeit, um welche es sich handle, betreffe Eigenthum und Nutzungsrechte am Kirchgemeindevermögen; sie sei daher privatrechtlicher Natur; freilich sei das Verfügungsrecht der Kirchgemeinden über ihr Vermögen durch die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung dieses Vermögens gebunden und handle es sich um eine Streitigkeit zwischen öffentlich-rechtlichen Korporationen. Allein dies ändere an der privatrechtlichen Natur der Streitsache nichts. Denn es frage sich nicht, ob eine bestimmte Verwendung des Kirchengutes aus öffentlich-rechtlichen Gründen statthaft sei, sondern wem Eigenthum und Genuß desselben privatrechtlich zustehe. Wenn bei Trennung oder Neubildung von Religionsgenossenschaften Anstände über die öffentlich-rechtliche Stellung der Parteien u. dgl. entstehen, so seien dieselben gemäß Art. 50^{3} B.-V. und Art. 59^{6} O.-G. als Anstände aus dem öffentlichen Rechte von den politischen Behörden des Bundes zu entscheiden; dagegen fallen Anstände aus dem Privatrecht in die Kompetenz des Bundesgerichtes. Zu den privatrechtlichen Anständen gehören aber, wie das Bundesgericht wiederholt, insbesondere in seiner Entscheidung in Sachen der Kirchgemeinde Bondo (Amtliche Sammlung IX, S. 422 u. ff.) entschieden habe, Streitigkeiten über Ansprüche auf das

Kirchenvermögen. Derartige Streitigkeiten müssen auch im Kanton nicht von den Verwaltungsbehörden, sondern von den Gerichten entschieden werden. Die solothurnische Kantonsverfassung spreche den Grundsatz der Gewaltentrennung ausdrücklich und ohne Einschränkung aus; die Gesetzgebung dürfe daher keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten entziehen und den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zuweisen; wenn das Gesetz vom 18. März 1851 dies thäte, so wäre es verfassungswidrig. Uebrigens bezwecke das erwähnte Gesetz in Wahrheit eine Verweisung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten an die Verwaltungsbehörden nicht, sondern wolle nur die Kompetenz des Regierungsrathes zu Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten bestimmen. Wenn in frühern Fällen der Regierungsrath des Kantons Solothurn bei Abtrennung einer Filiale von der Mutterkirche und Erhebung derselben zu einer selbständigen Pfarrei über deren Dotation entschieden habe, so seien diese Fälle dem vorliegenden nicht gleichartig. Bei denselben habe es sich nicht um einen Streit über Eigenthums- und Nutzungsrechte am Kirchenvermögen zwischen zwei getrennten als öffentlich-rechtliche Korporationen bereits anerkannten Kirchgemeinden oder zwischen einer Pfarrei und einer aus derselben ausgetretenen Majorität oder Minorität von Pfarrgenossen gehandelt, sondern um die Regelung der finanziellen Folgen der Abtrennung der Filiale, also eines Verhältnisses öffentlich-rechtlicher Natur.

C. Die rekursbeklagte christkatholische Kirchgemeinde Trimbach trägt in ihrer Rekursbeantwortung darauf an, der Rekurs sei als unbegründet abzuweisen, unter Kostenfolge. Sie macht die in dem angefochtenen obergerichtlichen Erkenntnisse ausgeführten Gründe geltend und führt im Weitern aus: Die Kirchgemeinden seien nach solothurnischem Staatsrechte öffentlich-rechtliche Korporationeu, ihr Vermögen öffentliches Gut. Ihre Trennung und Neubildung sei ein staatsrechtlicher Akt. Dies müsse nothwendigerweise auch für die Vermögensausscheidung gelten, weil sich diese davon nicht trennen lasse. Es stehen sich in casu nicht zwei Gemeinden gegenüber, welche auf ein Vermögensobjekt aus privatrechtlichem Titel Ansprüche erheben, sondern beide Gemeinden stehen gleichberechtigt nebeneinander. Sie seien die Rechtsnachfolger der frühern einheit-

lichen Kirchgemeinde und müssen daher durch die nämliche Staatsgewalt, welche ihre Trennung verfügt habe, auch ausgesteuert werden nach Maßgabe der Billigkeit und des Bedürfnisses. Es handle sich zudem in erster Linie um die Interpretation des kantonalen Gesetzes vom 18. März 1851. Wie aber das Bundesgericht stets entschieden habe, entziehe sich die Auslegung kantonaler Gesetze seiner Nachprüfung. Das Bundesgericht habe schon wiederholt ausgesprochen, daß die Kantone befugt seien, über die Benutzung von Kirchengebäuden im Administrativwege Verfügung zu treffen. Dies müsse logischerweise auch auf das gesammte übrige Kirchenvermögen angewendet werden, da auch dieses öffentliches Gut und durch die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung gebunden sei. Demgemäß erscheine die Kompetenz der Administrativbehörden, auch ganz abgesehen von der Spezialbestimmung des Gesetzes vom 18. März 1851 als begründet.

Das Obergericht des Kantons Solothurn, welchem zur Vernehmlassung ebenfalls Gelegenheit gegeben wurde, verweist einfach auf die Gründe seiner angefochtenen Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die zwischen der römisch-katholischen und der christkatholischen Kirchgemeinde Trimbach waltende Streitigkeit ist aus der Trennung einer Religionsgenossenschaft hervorgegangen. Da es sich aber gegenwärtig nicht um deren materielle Entscheidung, sondern nur darum handelt, ob die kantonalen Gerichte oder die kantonalen Verwaltungsbehörden zu ihrer Beurtheilung zuständig seien, so steht nicht die Anwendung des Art. 50 Abs. 3 B.-V. in Frage. Denn diese Verfassungsbestimmung, mag ihre Tragweite im Uebrigen welche immer sein, enthält jedenfalls keine Vorschrift darüber, von welchen kantonalen Behörden privat- oder öffentlich-rechtliche Anstände aus Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften zu beurtheilen seien. Hierüber entscheiden vielmehr die allgemeinen, in dem betreffenden Kanton geltenden Grundsätze des Verfassungs- und Gesetzesrechtes über die Zuständigkeit der Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Die andere Frage, ob in der Rekursinstanz gemäß Art. 50 Abs. 3 B.-V. und Art. 59 O.-G. Streitigkeiten der vorliegenden Art, soweit sie in die Kompetenz der Bundesbehörden fallen, vom Bundesgerichte oder aber vom

Bundesrathe zu entscheiden seien, fällt hiefür gänzlich außer Betracht und braucht daher nicht entschieden zu werden.

2. Die sämmtlichen Beschwerden der Rekurrentin beruhen auf der Annahme, es sei die Streitigkeit zwischen den Parteien privatrechtlicher Natur. Ist diese Annahme unbegründet, so fallen sie offenbar sämmtlich ohne weiters dahin. Denn die Rekurrentin behauptet nicht etwa, daß nach solothurnischem Verfassungsrechte alle oder gewisse vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur von den ordentlichen Gerichten zu beurtheilen seien; sie giebt vielmehr ausdrücklich zu, daß nach solothurnischem Staatsrechte alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden seien.

3. In That und Wahrheit nun erscheint die Streitigkeit zwischen der römisch-katholischen und der christkatholischen Gemeinde Trimbach nicht als eine solche privat- sondern als eine solche öffentlich-rechtlicher Natur. Allerdings stellt sich die Klage der römisch-katholischen Kirchgemeinde Trimbach ihren Schlüssen nach als reine Eigenthums- (Vindikations-) eventuell Theilungsklage dar und sind Vindikations- und Theilungsklagen regelmäßig privatrechtlicher Natur. Allein hier trifft dies nicht zu. Die Kirchgemeinden sind nach solothurnischem Staatsrechte (Art. 52 f. K. V.) unzweifelhaft Korporationen des öffentlichen Rechts; ihr Zweck ist als ein öffentlicher anerkannt und ihr Gut ist öffentliches, der Befriedigung eines öffentlichen Bedürfnisses gewidmetes Gut. Trennung und Neubildung von Kirchgemeinden geschieht durch staatsrechtlichen Akt (Art. 53 K.-V.). In concreto nun ist in der frühern ungetheilten katholischen Gemeinde Trimbach eine Spaltung eingetreten, in Folge deren dieselbe sich mit hoheitlicher Genehmigung in eine christkatholische Gemeinde einerseits, in eine römisch-katholische andrerseits getheilt hat; beide in Folge dieser Spaltung neugebildeten Gemeinden sind als Korporationen des öffentlichen Rechts anerkannt. Die Frage nun, ob die eine oder andere dieser neugebildeten Gemeinden ausschließlich, oder ob beide neben einander Anspruch auf das Vermögen der frühern ungetheilten Kirchgemeinde Trimbach haben, ist nicht eine solche des Privat- sondern des öffentlichen Rechts. Denn es handelt sich dabei nicht darum, ob eventuell inwiefern die eine oder

andere der streitenden Gemeinden durch privatrechtlichen Titel, Vertrag, Verjährung u. drgl. Eigenthum (Allein- oder Miteigenthum) an dem lokalen Kirchenvermögen erworben habe, sondern darum, ob die Erfüllung des Zweckes der frühern ungetheilten Kirchgemeinde Trimbach ausschließlich auf die eine oder andere derselben oder ob sie auf beide übergegangen sei. Denn hievon hängt das Recht auf das Kirchenvermögen ab. Letzteres war nicht der freien Verfügung der Gemeinde anheimgegeben, sondern durch seine Zweckbestimmung gebundenes öffentliches Gut. Nachdem die ursprüngliche ungetheilte Gemeinde in Folge der eingetretenen Glaubensspaltung nicht mehr besteht, sondern sich in zwei verschiedene Religionsgenossenschaften getrennt hat, muß dieses Gut derjenigen oder denjenigen Religionsgenossenschaften zugetheilt werden, welche an Stelle der frühern ungetheilten Gemeinde getreten sind, indem sie ihre Zwecke erfüllen. Da nun aber, nach solothurnischem Staatsrechte, die Kirche als öffentliche Institution, die Kirchgemeinden als öffentlich-rechtliche Korporationen oder Anstalten anerkannt werden, so ist die Frage, auf welche Korporation die Aufgaben und damit das Vermögen der frühern ungetheilten Gemeinde übergehen, nicht eine Frage des Privat- sondern des öffentlichen Rechts. Es handelt sich nicht um einen privatrechtlichen Vindikations- oder Theilungsstreit, sondern um eine Frage öffentlich-rechtlicher Succession. Der Streit ist nicht nach Rechtsgrundsätzen des Privatrechts sondern des öffentlichen Rechts zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

95. Urtheil vom 13. November 1891 in Sachen Brunner.

A. Durch Urtheil des Bezirksgerichtes Baden datirt den 28. Oktober 1890, bestätigt vom aargauischen Obergerichte unterm 13. Februar 1891, wurde Traugott Brunner zum „Schiff" in Baden, Sohn der Rekurrentin, pflichtig erklärt, seiner Mutter für ihr Frauenvermögen, im Betrage von 22,857 Fr., verzinslich seit 12. März 1889, grundpfändliche Sicherheit zu leisten. Der Gemeinderath von Baden errichtete nun auf Weisung des Bezirksammannamtes, bei dem die zwangsweise Vollstreckung des Urtheils nachgesucht worden war, den betreffenden Sicherungsbrief, händigte aber denselben der Vollstreckungsnehmerin nicht aus, da seitens des Traugott Brunner Protest gegen die Herausgabe erhoben worden war. Es erfolgte darauf ein neuer Vollstreckungsbefehl des Bezirksammannamtes, dahin gehend, daß die Sicherungsurkunde ausgehändigt werden soll. Der Exequirte wandte sich nun an die kantonale Justizdirektion und diese erklärte seinen Protest für begründet und hob die gegentheilige Weisung des Bezirksammannamtes auf. Auf Beschwerde der Vollstreckungsnehmerin bestätigte der Regierungsrath unterm 6. August 1891 diesen Entscheid, von der Auffassung ausgehend, daß durch Bestellung des Pfandes dem Urtheil Folge geleistet sei und bezüglich der Aushingabe der Urkunde es sich empfehle, den Ausgang des von Traugott Brunner gegen seine Mutter angekündigten Bevormundungsprozesses abzuwarten.

B. Hiegegen rekurrirt Louise Brunner an das Bundesgericht. Sie macht in ihrer Beschwerde geltend, daß der regierungsräthliche Entscheid nichts anderes bedeute, als eine Einschränkung des bezirksgerichtlichen Urtheils und als solche einen Eingriff in das durch die kantonale Verfassung (Art. 3) garantirte Prinzip der Gewaltentrennung enthalte. Da es sich im Fernern um ein durchaus rechtskräftiges Urtheil handle, so involvire dessen nicht gehöriger Vollzug sowohl eine Rechtsverweigerung als eine Verletzung des Art. 61 B.-V. Ob seit dem Erlaß des richterlichen

Spruches Zustände in der Person der Pfandgläubigerin eingetreten seien, welche die Nichtverabfolgung des Pfandbriefes rathsam erscheinen lassen, darüber habe die Administrativbehörde nicht zu entscheiden. Ein Bevormundungsprozeß sei bis dahin nicht anhängig und im Uebrigen komme die Anordnung von vorsorglichen Maßnahmen nach § 275 des aargauischen Civilgesetzbuches nur dem Civilrichter zu. Die Rekurrentin beantragt daher, es solle der regierungsräthliche Entscheid vom 6. August aufgehoben und die Aushingabe des Sicherungsbriefes vom Bundesgerichte aus verfügt werden.

C. Die Vernehmlassung des Traugott Brunner, welcher sich auch der Regierungsrath des Kantons Aargau anschließt, schließt auf Abweisung des Rekurses und führt im Wesentlichen aus: Art. 61 B.-V. beziehe sich nur auf den interkantonalen Rechtsverkehr und könne hier nicht angerufen werden. Im Uebrigen sei das bezirksgerichtliche Urtheil bereits vollzogen. Das Urtheil laute ja blos auf Sicherstellung und verfüge gar nicht, daß der Sicherungsbrief ausgehändigt werden solle. Wenn die rekurrirende Partei dies verlangt habe, so habe sie damit nur eine unstatthafte Erweiterung des richterlichen Spruches erwirken wollen, und dem seien die kantonalen Vollziehungsbehörden allerdings entgegengetreten. Darin liege aber kein Uebergriff in die richterliche Gewalt. Was sodann den Bevormundungsprozeß anbelange, so sei derselbe nun angehoben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Frage des Vollzuges oder Nichtvollzuges des bezirksgerichtlichen Urtheils ist im vorliegenden Falle eine untergeordnete. Der Grund, warum der Sicherungsbrief nicht verabfolgt worden ist, war von Anfang an wesentlich der, daß gegen die Pfandgläubigerin eine Bevogtigung drohte und daß bis zur Erledigung des bezüglichen Verfahrens die Herausgabe nicht als angemessen erschien. Der Beschluß der Justizdirektion stützt sich ausdrücklich auf diese Auffassung und auch der regierungsräthliche Entscheid stimmt damit insofern überein, als er ebenfalls den Bevormundungsprozeß zur rechtlichen Basis des Streitgegenstandes macht. Es handelt sich somit in concreto um nichts anderes, als um eine vorsorgliche Maßnahme im Sinne des Art. 275 des

argauischen Civilgesetzbuches, deren Zweck die Aufrechthaltung des status quo während des vormundschaftlichen Verfahrens hätte sein sollen.

2. Hiezu war aber eine bloße Vollziehungsbehörde nicht kompetent. Es ist vielmehr anzuerkennen, daß auf Grund der Art. 53 und 55 der aargauischen Staatsverfassung in Verbindung mit § 29 des Gesetzes vom 16. März 1884 über Einrichtung der Bezirksämter alles dasjenige, was sich auf Bevogtigung oder Entvogtigung bezieht, in die Kompetenz des Richters gehört, und deßhalb von einer bloßen Vollziehungsbehörde nicht verfügt werden kann. Die gleiche Bestimmung stellt auch § 275 des bürgerlichen Gesetzbuches auf. In concreto kommt sodann noch der Umstand hinzu, daß damals ein Bevormundungsbegehren noch nicht gestellt war und somit eine nach dem Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 vollständig handlungsfähige Person auf verfassungswidrigem Wege in ihrer Verfügungsgewalt beschränkt worden ist. Insoweit ist also der Vorwurf der Kompetenzanmaßung begründet und da Art. 3 der aargauischen Staatsverfassung den Grundsatz der Gewaltentrennung aufstellt, so ist damit diese Verfassungsbestimmung verletzt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt, und der Entscheid des Regierungsrathes des Kantons Aargau vom 6. August 1891 aufgehoben.

III. Anderweitige Eingriffe in garantirte Rechte.
Atteintes portées à d'autres droits garantis.

96. Urtheil vom 16. Oktober 1891 in Sachen Schnieper.

A. Das Bezirksgericht Muri verurtheilte den Schnieper am 15. Dezember 1890 wegen Körperverletzung zu einer korrektionellen Zuchthausstrafe von zwei Monaten. Der Regierungsrath des Kantons Aargau gelangte hierauf an denjenigen des Kantons Luzern mit dem Gesuche um Exekution jenes Urtheils, gestützt auf ein Uebereinkommen, datirt den 1./13. März 1865. Der Regierungsrath des Kantons Luzern, respektive dessen Justizdepartement, entsprach dem Begehren und wies das Statthalteramt Sursee an, den Schnieper verhaften zu lassen und das gegen ihn verhängte Urtheil zu vollziehen.

B. Gegen diese Verfügung hat Silvester Schnieper den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, denselben folgendermaßen begründend: Das Vergehen, wegen dessen der Rekurrent verurtheilt worden sei, finde sich im eidgenössischen Auslieferungsgesetz vom 21. Juli 1852 nicht angeführt. Der Vollzug des Urtheils sei auch in der That nicht mit Rücksicht auf jenes Gesetz sondern auf Grund eines angeblichen besondern Vertrages gewährt worden. Nun existire zwischen dem Kanton Luzern und Aargau kein solcher Vertrag. Er sei in keinem der luzernischen offiziellen Organe publizirt worden, und wenn in der aargauischen Gesetzessammlung hievon Erwähnung gemacht werde, so rühre dies nur daher, daß man in dorten aus einzelnen konkreten Fällen eine allgemeine Regel schließen zu dürfen glaubte. Selbst wenn die luzernische Regierung im Jahre 1865 eine förmliche Erklärung im Sinne der gegenseitigen Vollstreckung von zuchtpolizeilichen Urtheilen wirklich gegeben hätte, so wäre denn verfassungsmäßig kein Staatsvertrag zu Stande gekommen; denn die Regierung allein sei nach Kantonsverfassung (Art. 55) zum

Abschluß von Verträgen nicht kompetent und vom Großen Rathe sei sie hiezu auch niemals ermächtigt worden. Liege aber der Urtheilsvollstreckung weder ein Bundesgesetz noch ein rechtskräftiger Staatsvertrag zu Grunde, so involvire dieselbe eine Verletzung des § 5 Abs. 2 der luzernischen Verfassung, wonach Niemand gerichtlich verfolgt oder verhaftet werden dürfe, außer in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen. Die rekurrirte Verfügung sei demnach aufzuheben.

C. Seine Vernehmlassung auf diesen Rekurs leitet der Regierungsrath von Luzern mit der Bemerkung ein, daß es sich in casu um Verletzung der luzernischen Verfassung nicht handeln könne und deßhalb die Kompetenz des Bundesgerichtes fraglich erscheine. Materiell beantwortet er dann die Beschwerde folgendermaßen: Für den vorliegenden Fall treffe allerdings das eidgenössische Auslieferungsgesetz vom Jahre 1852 nicht zu, wohl aber die Uebereinkunft vom 1./13. März 1865. Damals hätten die Luzerner und die Aargauer Regierung miteinander auf dem Korrespondenzwege verabredet, es sollen die zuchtpolizeilichen Urtheile des einen Kantons auch auf dem Gebiete des andern vollzogen werden und zwar sowohl gegen eigene Angehörige als gegen Angehörige des andern Kantons. Allerdings sei jene Verabredung, da sie nicht vom Großen Rathe ausgegangen sei, in der Gesetzessammlung nicht aufgenommen worden; dagegen habe man sie in den gedruckten regierungsräthlichen Verhandlungen vom 1. März 1865 übungsgemäß publizirt. Uebrigens bilde sie nur eine Ergänzung eines noch jetzt gültigen Uebereinkommens zwischen mehreren Ständen betreffend die Untersuchungsgebühren in Kriminal- und Zuchtpolizeifällen, dem der Kanton Luzern seit dem 25. November 1845 angehöre und enthalte auch nur die Bestätigung einer längst geübten luzernischen Staatsmaxime. Die Einwendungen gegen die Legitimation der Regierung, die Uebereinkunft abzuschließen, seien grundlos. Einen förmlichen Staatsvertrag hätte freilich die Regierung von sich aus nicht eingehen dürfen, aber hier handle es sich um einen Staatsvertrag oder ein Konkordat absolut nicht, sondern lediglich um einen Kartellververband, um einen modus vivendi zwischen zwei benachbarten Kantonen, und dazu sei die Kantonsregierung ohne Zweifel be-

rechtigt gewesen. In ähnlicher Weise seien mehrere jetzt noch bestehende Uebereinkommen getroffen worden; der Große Rath habe hievon stillschweigend Kenntniß genommen und somit stillschweigend sie anerkannt. Aus allen diesen Gründen müsse die Uebereinkunft von 1865 als zu Recht bestehend betrachtet werden und es sei der Rekurs abzuweisen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Was zuerst die formelle Seite des Rekurses anbelangt, so kann über die Kompetenz des Bundesgerichtes, vorliegende Beschwerde zu beurtheilen, kein Zweifel bestehen. Es ergibt sich diese Kompetenz sowohl daraus, daß über Verletzung von individuellen Rechten geklagt wird, welche von einer kantonalen Verfassung garantirt sind, als auch aus dem Umstande, daß der erhobene Streit sich auf die Frage der interkantonalen Rechtshülfe bezieht, eine Materie, über welche Art. 59 O.-G. dem Bundesgerichte den Entscheid überträgt. Formell ist also der Rekurs zuzulassen.

2. Anders verhält es sich bezüglich dessen materieller Seite. Der Rekurrent geht von der Auffassung aus, daß, abgesehen von einem förmlichen und verfassungsmäßig zu Stande gekommenen Vertrag, dessen Existenz in concreto bestritten wird, außerkantonale Strafurtheile nur in den in Art. 2 des eidgenössischen Auslieferungsgesetzes aufgezählten Fällen vollzogen werden dürfen. Nur in diesen Fällen habe entweder die Auslieferung des Schuldigen oder die Exekution des Urtheils stattzufinden. Diese Auffassung ist nicht richtig. Das Bundesgesetz statuirt nur diejenigen Fälle, in welchen ein Kanton die Auslieferung oder den Strafvollzug zu bewilligen verpflichtet ist; außerdem steht ihm aber frei, den diesfälligen Begehren einer Kantonsregierung noch in andern Fällen zu entsprechen. Ein solches Verfahren steht mit den Grundsätzen des Bundesstaatsrechts vollständig im Einklang und es hat dies das Bundesgericht schon wiederholt, sowohl in Bezug auf die Auslieferung, als auch in Bezug auf die Vollstreckung von Strafurtheilen anerkannt (siehe Entscheidungen, Amtliche Sammlung IV, S. 234; V, S. 535 sowie Entscheidung in Sachen Häfliger vom 10. Juli 1891).

3. In einer bloßen Ausdehnung nun der interkantonalen Rechtshülfe kann eine Verletzung der in Art. 5 der luzernischen

Staatsverfassung enthaltenen Garantie gegen willkürliche Verhaftung nicht erblickt werden; es bezieht sich überhaupt jener Artikel, wie im letzterwähnten Entscheide betont wurde, nur auf das Verfahren innerhalb des Kantons, nicht aber auf den interkantonalen Rechtsverkehr.

4. Ist dem so, so erscheint auch eine Untersuchung darüber, ob zwischen dem rechtsuchenden und dem rechtsgewährenden Kanton ein wirkliches Uebereinkommen bestehe respektive ob dasselbe verfassungsmäßig zu Stande gekommen sei, für den vorliegenden Fall überflüssig, so wenig auch die Unterscheidung der Luzerner Regierung zwischen Staatsvertrag und bloßer Willenserklärung hier als zutreffend anerkannt werden kann; denn in concreto sollte es sich auch nach ihrer Ansicht um eine zwischen den beiden Kantonen verbindliche Vereinbarung handeln. Wie oben ausgeführt, braucht aber der Strafvollzug nicht auf einem Vertrag zu beruhen. Die Regierung, der die Sorge für den interkantonalen Rechtsverkehr in erster Linie obliegt, war berechtigt, die Urtheilsvollstreckung auch ohne Vertrag zu bewilligen. — Auch der fernere Einwand des Rekurrenten, daß blos eine Verfügung des Justizdepartementes vorliege, fällt angesichts der Erklärung, daß der Regierungsrath dem Verfahren der Justizkommission beipflichte, außer Betracht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

97. Urtheil vom 13. November 1891 in Sachen Gemeinde Würenloos.

A. Das Frauenkloster Fahr gehört, obschon es rings vom zürcherischen Gebiete umgeben ist, zum Kanton Aargau; es ist das einzige zur Zeit in diesem Kanton noch bestehende Kloster. Im Jahre 1869 wurde zwischen der aargauischen Gemeinde Würenlos und dem Kloster Fahr (unter Ratifikation durch den Regierungs-

rath des Kantons Aargau, auf die Dauer von sechs Jahren eine gütliche Uebereinkunft betreffend Steuerangelegenheit abgeschlossen, wodurch das Kloster Fahr sich verpflichtete, an den jeweiligen Steuerbetrag der Gemeinde Würenlos alljährlich eine Aversalsteuer von 200 Fr. zu bezahlen. Diese Uebereinkunft wurde im Jahre 1874, unter Erhöhung der Aversalsteuer auf 250 Fr., auf weitere sechs Jahre erneuert und hat thatsächlich bis Ende 1888 fortbestanden. Im Jahre 1889 beschloß dann aber die Gemeinde Würenlos, das Kloster Fahr habe die Steuer von Vermögen und Erwerb wie jeder andere Steuerpflichtige zu entrichten. Da das Kloster Fahr, gemäß Weisung der aargauischen Finanzdirektion, seine Steuerpflicht bestritt, so machte die Gemeinde ihren Steueranspruch im Wege des Administrativprozesses geltend. Durch Entscheidung vom 16. Juni 1891 hat das Obergericht des Kantons Aargau sie mit ihrem Anspruche kostenfällig abgewiesen, mit der Begründung: Offenbar könne das Kloster Fahr nur dann von der Gemeinde Würenlos zur Steuer herangezogen werden, wenn dasselbe zu dieser Gemeinde gehöre und einen integrirenden Bestandtheil derselben bilde. Das Kloster Fahr liege nun als Enklave mitten im Gebiete des Kantons Zürich und stehe äußerlich nirgends mit dem Gemeindsbanne Würenlos in Verbindung. Es gehöre daher nicht eo ipso zur Gemeinde Würenlos, sondern diese Zugehörigkeit müßte auf besonderer, durch die gesetzlichen Organe verfügter Zutheilung beruhen. Es existire nun in der aargauischen Gesetzessammlung kein Gesetz oder Dekret, welches diese Zutheilung festsetzte. Die Klägerin berufe sich allerdings auf Anmerkung 6 des Gesetzes betreffend Bezirks- und Kreiseintheilung vom 6. Mai 1840, wo bei der dem Kreise Wettingen zugetheilten Gemeinde Würenlos gesagt sei: „Mit Kloster Fahr." Allein diese Anmerkuug führe kein Dekret an, welches eine Zutheilung zur Gemeinde Würenlos ausspreche. Alle andern diesbezüglichen Anmerkungen — mit Ausnahme derjenigen betreffend das damals noch bestehende Kloster Gnadenthal — berufen sich auf eine besondere Vorschrift. Im Fernern beziehe sich das angeführte Gesetz nicht auf die Eintheilung von Gemeinden und Zutheilung von Gehöften 2c. zu solchen, sondern ausdrücklich nur auf die Eintheilung der Bezirke und Kreise. Es könne daher aus jener Anmerkung nicht mehr herge-

leitet werden, als daß das Kloster Fahr zum Kreise Wettingen gehöre. Vor allem aus sei aber darauf hinzuweisen, daß solche im Texte nicht aufgeführte Anmerkungen keine Gesetzeskraft haben können, daß daher die Anmerkung 6 zu dem citirten Gesetze nicht im Stande sei, ein Gesetz oder ein Dekret zu ersetzen. Wenn das Kloster Fahr nicht als Bestandtheil der Gemeinde Würenlos erklärt worden sei, so habe dies ohne Zweifel seinen Grund in den gegebenen Verhältnissen. Das Kloster Fahr sei von Würenlos ziemlich weit entfernt; es hätte durch eine Gemeindezugehörigkeit wohl nur Lasten zu tragen, aber keine Vortheile zu genießen, z. B. keinen polizeilichen Schutz und keine Möglichkeit, daß auf seinem Areal wohnende Familien die Schule in Würenlos benutzen könnten ꝛc. Nach § 73 K.-V. könne der Große Rath dem Kloster Fahr einen angemessenen Beitrag an die Ausgaben des Staates für Schul- und Armenzwecke auferlegen; dasselbe sei denn auch in Wirklichkeit vom Staate mit der nicht geringen jährlichen Steuer von 4500 Fr. belastet. Auch dieser Umstand weise darauf hin, daß hier ein außerordentliches Verhältniß existire, daß das Kloster Fahr keiner Gemeinde angehöre und daß die Unterstellung desselben unter das Gemeindesteuergesetz ausgeschlossen sei. Daß das Kloster sich seit 1868 vertraglich zu einer Steuerleistung von 200 Fr. respektive 250 Fr. verpflichtet habe, und daß die stimmfähigen Bürger von Fahr bisher ihre politischen Rechte in Würenlos ausübten, ändere hieran nichts. Sei auch der Vertrag dahingefallen, so folge daraus nicht, daß das Kloster Fahr on die Gemeinde Würenlos nach Maßgabe des Gemeindesteuergesetzes Steuern zu bezahlen habe, da das Kloster eben diesem Gesetze nicht unterworfen sei.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff die Gemeinde Würenlos den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie führt aus: Das angefochtene Urtheil verletze die Vorschriften der Verfassung über die Steuerpflicht. Art. 72 K.-V. schreibe ausdrücklich vor, daß die Ausgaben der Gemeinden über den Ertrag des Vermögens und der Einkünfte hinaus durch direkte Besteuerung bestritten werden und Art. 73 unterwerfe alles Vermögen, jedes Einkommen und jeden Erwerb der direkten Besteuerung. Durch das obergerichtliche Urtheil werde nun das Kloster Fahr mit seinem Vermögen und seinem Erwerb für Gemeindezwecke steuerfrei erklärt.

Das sei an und für sich schon ein verfassungswidriger Zustand. Es sei aber auch außer Zweifel gestellt, daß das Kloster Fahr zur Gemeinde Würenlos gehöre. Dies ergebe sich aus der in der Gesetzessammlung von 1846 enthaltenen Anmerkung 6 zu dem Gesetze vom 6. Mai 1840 betreffend Bezirks- und Kreiseintheilung. Die Gesetzessammlung von 1846 sei durch das zu derselben erlassene Einführungsgesetz als die von nun an verbindliche einzige amtliche Ausgabe der Gesetzessammlung für den Kanton erklärt. Danach müssen auch die bei einzelnen Gesetzen zur Ergänzung und Klarstellung angebrachten Citate und Anmerkungen als verbindlich erklärt werden. Allerdings seien in der revidirten Gesetzessammlung von 1882 die Anmerkungen der Gesetzessammlung von 1846 zu dem Gesetze von 1840 weggelassen worden. Allein dies sei einfach deßhalb geschehen, weil die Revisionskommission davon ausgegangen sei, Thatsachen, welche schon vor dem Gesetze bestanden haben, brauchen ihrem Ursprunge nach nicht mehr nachgewiesen zu werden, sondern nur Abänderungen des Gesetzes. Die Zugehörigkeit des Klosters Fahr zur Gemeinde Würenlos aber bestehe schon seit der Gründung des Kantons und sei eine feststehende historische Thatsache. Danach sei denn durch die Anmerkung 6 zum Gesetze von 1840 die Zugehörigkeit des Klosters Fahr zur Gemeinde Würenlos amtlich hinlänglich konstatirt. Denn es sei nicht richtig, daß das Gesetz vom 6. Mai 1840 sich, wie das Obergericht annehme, nur auf die Eintheilung der Bezirke und Kreise, nicht auf die Eintheilung der Gemeinden beziehe. Das Gesetz gebe als seinen Inhalt nicht nur die Bezirks- und Kreiseintheilung an, sondern ebenso das Verzeichniß der Gemeinden und Ortsbürgerschaften und die Anmerkung „mit Kloster Fahr" stehe nicht beim Bezirke Baden oder Kreise Wettingen, sondern bei der Gemeinde Würenlos. Richtig sei, daß der Staat eine außerordentlich hohe Steuer von dem Kloster Fahr beziehe; während die ordentliche Staatssteuer der Klosters circa 300 Fr. betragen würde, habe der Staat in Anwendung des § 73 K.-V., dasselbe mit einer jährlichen Steuer von 4500 Fr. belastet. Allein dies könne den Rechten der Gemeinde keinen Eintrag thun. Art. 73 K.-V. stelle eine ausnahmsweise Behandlung des Klosters nur mit Beziehung auf die Steuerleistung an den Staat, nicht aber mit Bezug auf die Ge-

meindesteuer fest, für welche also das Gemeindesteuergesetz maßgebend bleibe. Durch die Leistung der vertraglich vereinbarten Steuerquote seit 1869 sei die Steuerpflicht des Klosters Fahr gegenüber der Gemeinde Würenlos im Prinzip anerkannt worden; diese Steuerpflicht sei eben eine Folge der Zugehörigkeit des Klostergebietes zur Gemeinde. Ebenso sei anerkannt, daß die Bewohner von Fahr ihre politischen Rechte in der Gemeinde Würenlos ausüben. Auch dies beweise die Zugehörigkeit. Im Fernern besorge der Gemeinderath von Würenlos das Civilstandswesen für die Bewohner von Fahr, übe dort die Fremdenpolizei aus, beziehe die Brandsteuer zu Handen der kantonalen Brandversicherungsanstalt, besorge die Viehzählung und beziehe die Hundetaxen. Die Bewohner von Fahr seien militärisch dem Sektionschef von Würenlos unterstellt, der Gemeinderath von Würenlos besorge in Fahr die Volkszählung, nehme dort die Verlassenschaftsinventare auf und beziehe von der dortigen Klosterwirthschaft den Antheil der Getränkeabgabe zu Handen der Gemeinde. In allen Beziehungen übe also der Gemeinderath von Würenlos im Kloster Fahr diejenigen öffentlichen Funktionen aus, welche in der Gemeindehoheit inbegriffen seien. Sei aber somit die Zugehörigkeit des Klostergebietes zur Gemeinde festgestellt, so verletze die angefochtene Entscheidung die Art. 72 und 73 lit. 1 der Verfassung, sowie die auf der Verfassung beruhenden gesetzlichen Bestimmungen des Gemeindesteuergesetzes. Demnach werde beantragt: Das obergerichtliche Urtheil in Sachen der Gemeinde Würenlos gegen das Kloster Fahr, datirt den 16. Juni 1891, zugestellt den 12. Juli 1891, sei als verfassungswidrig zu erklären und aufzuheben unter Folge der Kosten.

C. Das Kloster Fahr, vertreten durch die Finanzdirektion des Kantons Aargau, trägt darauf an, es sei die Beschwerde als unbegründet abzuweisen unter Kostenfolge. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt: Das obergerichtliche Urtheil nehme der Gemeinde weder das Recht, nach Art. 72 B.-V. ihre Auslagen soweit nöthig durch Steuern zu decken, noch spreche es aus, daß die Gemeinde entgegen dem Art. 73 ibidem nicht alles Vermögen und Einkommen der Besteuerung unterwerfen dürfe. Das Obergericht erkenne vielmehr das Recht der Gemeinde Würenlos,

in ihrem Gemeindebanne alles Vermögen und Einkommen zur Steuer heranzuziehen, vollkommen an. Dagegen spreche es aus, die Gemeinde sei nicht berechtigt, Kantonseinwohner ihrer Gemeindesteuer zu unterwerfen, die nicht in ihrem Banne wohnen. Dies sei aber gewiß nicht verfassungswidrig, denn die Steuerberechtigung der Gemeinden, welche übrigens nicht durch die Verfassung, sondern durch das Gemeindesteuergesetz normirt sei, beschränke sich, wie auch die Rekurrentin anerkenne, nach dem Gesetze und nach der Natur der Sache, auf die Gemeindeeinwohner. Die einzig streitige Frage, ob Fahr zum Gemeindegebiete von Würenlos gehöre, sei nicht an der Hand der Verfassung, sondern an Hand der kantonalen Gesetzgebung, speziell des Gesetzes von 1840, zu beantworten und entziehe sich also der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Dieselbe sei übrigens vom Obergerichte richtig beantwortet worden. Es sei nicht richtig, daß der Kanton Aargau in Gemeinden eingetheilt sei und jedes noch so kleine Territorium einer Gemeinde angehören müsse. Das Gesetz von 1840 stelle nur eine Eintheilung in Bezirke und Kreise, nicht auch eine solche in Gemeinden auf, wie ja überhaupt der Kanton nie in Gemeinden eingetheilt worden sei, letztere vielmehr ursprünglich eigene Gebilde seien, die sich selbständig entwickelt habeu. Daß das Klostergebiet von Fahr seit der Gründung des Kantons zum Gemeindegebiet von Würenlos gehört habe, sei völlig unrichtig. Die Anmerkung 6 zu dem Gesetze von 1840 beweise eine solche Zugehörigkeit ebenfalls nicht. Im Gegentheil gehe aus derselben hervor, daß ein staatliches Dekret, wodurch Fahr der Gemeinde Würenlos zugetheilt worden wäre, nicht bestanden habe (da es sonst gewiß wäre angeführt worden) und daß Fahr nicht zur Gemeinde Würenlos gerechnet worden sei. Denn wenn Fahr zur Gemeinde Würenlos gerechnet worden wäre, so wäre es nicht neben derselben besonders angeführt worden. Da das fragliche Gesetz sich überhaupt nur mit der Eintheilung in Bezirke und Kreise, nicht aber mit der Zutheilung einzelner Gebietstheile zu einer Gemeinde beschäftige, so könne die Anmerkung 6 nur bedeuten, daß mit der Gemeinde Würenlos auch das Kloster Fahr dem Kreise Wettingen und dem Bezirke Baden zugetheilt sei. Als Gemeinde, neben den übrigen dem Kreise Wettingen zugetheilten Gemeinden, habe

Fahr nicht angeführt werden können, weil es eben keine Gemeinde sondern ein Kloster sei, welches keiner Gemeinde zugehört habe, was sich aus seiner geographischen Lage und den klösterlichen Verhältnissen leicht erkläre. Daß das Kloster Fahr kraft Vertrages der Gemeinde Würenlos eine Steuer bezahlt habe, beweise nichts für deren Recht, das Kloster kraft Gesetzes zu besteuern. Es zeige dies im Gegentheil nur, daß das Kloster sich herbeigelassen habe, der Gemeinde Würenlos, deren Organe es bei seiner Ausnahmestellung hie und da in Anspruch genommen habe, dafür eine Entschädigung, eine vertragliche Beisteuer an den Gemeindehaushalt, nicht aber eine gesetzliche Steuer zu bezahlen. Die Behauptungen der Rekurrentin betreffend die von den Gemeindebehörden von Würenlos bis jetzt auf dem Gebiete von Fahr ausgeübten Funktionen werden bestritten; selbst wenn sie richtig wären, übrigens, so wäre deßhalb Fahr doch nicht als ein Theil des Gemeindebannes von Würenlos zu betrachten. Das Gemeindegesetz von 1841 besage ausdrücklich, daß eine Aenderung der Gemeindebezirke nur durch ein großräthliches Dekret verfügt werden könne. Wenn also auch mit der zahlreich erfolgten Uebertragung administrativer Funktionen an die Gemeindebehörden das Kloster Fahr sich an die Gemeinde Würenlos angelehnt haben sollte, so wäre dadurch sein Gebiet doch nicht zu einem Theile des Gemeindegebietes von Würenlos geworden. Uebrigens können die fraglichen Funktionen der Gemeindebehörden von Würenlos keinenfalls eine große Bedeutung gehabt haben. Vor dem Jahre 1866 habe die Gemeinde Würenlos von ihren Einsaßen das Einsaßgeld bezogen, sie könne aber nun nicht behaupten, daß sie eine solche Gebühr auch von den Einwohnern der Enklave Fahr erhoben habe, während sie dies doch, da diese zumeist nicht Bürger von Würenlos gewesen sein werden, gewiß gethan hätte, wenn die Enklave Fahr zu ihrem Gemeindebanne gehört hätte; da die Verfassung nicht vorschreibe, daß jeder Theil des Staatsgebietes einer Gemeinde angehören müsse, so schreibe sie auch nicht vor, daß alles Vermögen und Einkommen der Gemeindebesteuerung unterstehe. Sollte übrigens auch die Verfassung postuliren, daß alle Theile des Staatsgebietes einer Gemeinde zugetheilt sein müssen, so würde doch daraus nicht folgen, daß gerade der Gemeinde Würenlos das

Recht der Besteuerung gegenüber dem Kloster Fahr zustehe, vielmehr könnte daraus nur das Recht abgeleitet werden, beim Großen Rathe des Kantons Aargau das Begehren zu stellen, das Kloster einem Gemeindegebiete zuzutheilen und seine Stellung zu der Gemeinde Würenlos zu reguliren. Das Bundesgericht könnte zu Aufhebung des angefochtenen Urtheils nur dann gelangen, wenn das letztere den Steueranspruch der Gemeinde aus offen oder versteckt verfassungswidrigen Motiven abwiese, z. B. weil das Vermögen geistlicher Anstalten steuerfrei sei u. drgl. Dies sei aber nicht der Fall. Die Frage, ob das Klostergebiet zum Gemeindegebiet von Würenlos gehöre, sei wie gesagt, nicht eine Frage des Verfassungsrechtes, sondern der Gesetzesauslegung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde macht geltend, die angefochtene Entscheidung verletze das verfassungsmäßig gewährleistete Besteuerungsrecht der Gemeinde Würenlos. Nun ist zu bemerken, daß die aargauische Verfassung zwar wohl im Allgemeinen das Besteuerungsrecht der Gemeinde anerkennt und ausspricht, daß alles Vermögen und Einkommen der direkten Besteuerung unterliege, daß dieselbe dagegen keine Vorschriften über die örtliche Ausdehnung des Steuerrechtes der Gemeinden enthält. Die Bestimmungen darüber, wo steuerpflichtiges Vermögen und Einkommen der Gemeindebesteuerung unterliege, ist vielmehr der Gesetzgebung überlassen, welche sachbezügliche Normen in dem Gemeindesteuergesetze vom 30. November 1866 aufgestellt hat. Nach diesen gesetzlichen Normen hängt das Steuerrecht der Gemeinde unbestrittenermaßen davon ab, ob das Kloster Fahr zu den Bewohnern der Gemeinde Würenlos gehört d. h. also ob dessen Gebiet einen Bestandtheil des Gemeindegebietes von Würenlos bildet. Die angefochtene Entscheidung hat dies verneint. Eine Verletzung der kantonalen Verfassung kann nun hierin nur dann erblickt werden, wenn entweder die angefochtene Entscheidung verfassungsmäßige Grundsätze über die Gemeindeeintheilung verletzen oder wenn sie in willkürlicher Weise die Zugehörigkeit des Klosters Fahr zur Gemeinde Würenlos, welche die gesetzliche Voraussetzung der Gemeindesteuerpflicht des Klosters in Würenlos und damit überhaupt der aargauischen Gemeindesteuerpflicht desselben bildet, verneinen sollte. Nicht nur in ersterm, son-

dern auch in letzterm Falle läge eine Verletzung der Kantonsverfassung, des im Prinzip verfassungsmäßig sanktionirten Besteuerungsrechtes der Gemeinde vor.

2. Die aargauische Kantonsverfassung enthält nun eine Eintheilung des Staatsgebietes in Gemeindebezirke nicht. Die Gemeinden sind ja nicht wie die Bezirke oder Kreise des aargauischen Staatsrechtes bloße staatliche Verwaltungsbezirke, sondern selbstständige juristische und wirthschaftliche Organismen, welche vom Staate nicht geschaffen, sondern nur anerkannt worden sind. Die aargauische Verfassung und Gesetzgebung stellt demgemäß Bestand und Zusammensetzung der Gemeinden nicht selbständig fest, sondern setzt dieselben im Allgemeinen als gegeben voraus. Von einer Verletzung einer Verfassungsbestimmung über die Eintheilung der Gemeindebezirke kann also nicht die Rede sein. Ebenso kann nicht gesagt werden, daß die Annahme der angefochtenen Entscheidung, das Klostergebiet von Fahr gehöre nicht zum Gemeindegebiete von Würenlos, eine willkürliche sei. Denn ein strikter Beweis für die Zugehörigkeit ist nicht erbracht. Es ist in der That nicht strikte dargethan, daß das Klostergebiet von Fahr von jeher, schon vor oder seit der Entstehung des Kantons Aargau herkömmlich zum Gemeindebanne von Würenlos gehört habe und ebenso wenig ist dargethan, daß dasselbe seither durch eine nach dem geltenden aargauischen Staatsrechte zur Aenderung der Gemeindeeintheilung unzweifelhaft erforderliche staatliche Verfügung diesem Gemeindebezirke inkorporirt worden sei. Die in der Gesetzessammlung von 1846 sich findende Anmerkung 6 zum Gesetze über die Bezirks- und Kreiseintheilung enthält oder beweist eine derartige Verfügung nicht. Die fraglichen Anmerkungen entbehren der Gesetzeskraft, sie bilden keinen Bestandtheil des Gesetzes. Dies ergibt sich wie überhaupt aus ihrem blos belehrenden, in Citaten u. drgl. bestehenden Inhalte, so auch daraus, daß diese Anmerkungen in der ursprünglichen Ausgabe des Gesetzes (wie dieselbe im dritten Bande der Neuen Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Aargau von 1842, S. 223 u. ff. enthalten ist) sich nicht finden; sie wurden erst bei Herausgabe der Gesetzessammlung von 1846 größtentheils aus dem Inhalte der ältern Gesetzessammlung zusammengestellt und dem einzig verbindlichen Gesetzestexte zu

leichterer Orientirung beigefügt. Die fragliche Anmerkung enthält also eine staatliche Verfügung, wodurch das Kloster Fahr der Gemeinde Würenlos zugetheilt worden wäre, nicht; sie besitzt keine gesetzliche Kraft. Es ist denn auch jedenfalls zweifelhaft, ob dieselbe überhaupt andeuten will, es gehöre Fahr zum Gemeindebezirke Würenlos, oder ob sie nicht vielmehr blos besagt, Fahr gehöre mit Würenlos zum Kreise Wettingen. Eine anderweitige staatliche Zutheilungsverfügung ist nicht namhaft gemacht worden und besteht offenbar nicht. Daß sodann herkömmlich schon vor oder seit der Gründung des Kantons Aargau das Kloster Fahr zum Gemeindebezirke von Würenlos gehört habe, ist ebenfalls nicht strikte dargethan. Freilich kann für eine solche Zugehörigkeit der (vor dem kantonalen Gerichte gar nicht bestrittene) Umstand angeführt werden, daß die Bewohner von Fahr in Würenlos ihre politischen Rechte ausüben und daß das Kloster sich vertraglich zu einer Steuerleistung an die Gemeinde herbeiließ. Allein diese Momente sind doch für die Annahme einer Zugehörigkeit des Klosters Fahr zu Würenlos nicht schlechthin zwingender Natur; sie können vielmehr auch so erklärt werden, daß das im Allgemeinen außerhalb jeden Gemeindebannes stehende Kloster Fahr in einzelnen Beziehungen die Gemeindeeinrichtungen von Würenlos in Anspruch nahm und dafür eine Beisteuer in Würenlos bezahlte. Anderweitige Beweise für die herkömmliche Zugehörigkeit Fahrs zu Würenlos dagegen sind vor dem kantonalen Gerichte nicht beigebracht worden.

3. Kann somit die Entscheidung, es gehöre das Klostergebiet von Fahr nicht zum Gemeindebezirke Würenlos nicht als verfassungswidrig bezeichnet werden, so ist dagegen allerdings richtig, daß das aargauische Verfassungsrecht postulirt, daß alle Theile des Staatsgebietes einer Gemeinde angehören müssen. In der That sind die Attribute, welche das aargauische Staatsrecht den Gemeinden zuweist, so wichtiger Natur, daß sie für alle Theile des Staatsgebietes ausgeübt werden und daher alle Theile desselben einer Gemeinde angehören müssen, sofern anders die öffentliche Verwaltung im ganzen Staatsgebiete in der durch Verfassung und Gesetz vorgesehenen Weise funktioniren soll. Es genügt hiefür darauf hinzuweisen, daß den Gemeinderäthen verfassungsmäßig die

Handhabung der örtlichen Polizei, das Vormundschafts- Fertigungs- und Hypothekarwesen obliegt, daß den Gemeinden die wichtigsten Funktionen im Gebiete des Schul- und Armenwesens zustehen und daß die Einwohnergemeinden gesetzlich (siehe Gesetz vom 28. Dezember 1867) die Wahl- und Abstimmungskörper für die eidgenössischen und kantonalen Wahlen und Abstimmungen bilden. Allein wenn dem auch so ist, so wird dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß zufolge der historischen Entwickelung thatsächlich einzelne Theile des Staatsgebietes außerhalb jeden Gemeindeverbandes geblieben, keiner bestehenden Gemeinde zugetheilt sein können. Gegenüber derartigen außerordentlichen Verhältnissen erwächst aus dem verfassungsmäßigen Postulate allerdings den zuständigen staatlichen Behörden die staatsrechtliche Pflicht, dieselben durch Zutheilung der betreffenden Gebiete an bestehende Gemeinden oder Errichtung einer eigenen Gemeinde zu beseitigen; dagegen ist offenbar keine Gemeinde berechtigt, solche außerhalb jeden Gemeindebannes stehende Territorien als zu ihrem Gemeindebanne gehörig zu beanspruchen. Sie kann nur bei den zuständigen Behörden Zutheilung der betreffenden Gebiete an eine bestehende oder neu zu bildende Gemeinde beantragen, nicht dagegen ohne eine solche Zutheilung, dieselben als Theile ihres Territoriums behandeln.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

98. Urtheil vom 21. November 1891 in Sachen Gemeinde Wollishofen.

A. Am 9. August 1891 nahm das Volk des Kantons Zürich einerseits ein „Verfassungsgesetz betreffend besondere Bestimmungen für Gemeinden mit mehr als zehntausend Einwohnern," andrerseits ein (gewöhnliches) „Gesetz (Vereinigungsgesetz) betreffend die Zutheilung der Gemeinden Außersihl, Enge, Fluntern, Hirslanden, Hottingen, Oberstraß, Riesbach, Unterstraß, Wiedikon,

Wipkingen und Wollishofen an die Stadt Zürich und die Gemeindesteuern der Städte Zürich und Winterthur" an. Das Verfassungsgesetz räumt in Art. I der Gesetzgebung die Befugniß ein, für Gemeinden mit mehr als zehntausend Einwohnern in Hinsicht auf Organisation, Verwaltung, Oberaufsicht, Wahl der Beamten und Abstimmungsart sowie die Besteuerung Bestimmungen aufzustellen, welche von der Verfassung abweichen; immerhin dürfen solche Ausnahmebestimmungen nur getroffen werden, soweit sie durch die besondern Verhältnisse gerechtfertigt sind. Es behält im Fernern (Art. II) der Gesetzgebung vor, für Gemeinden mit mehr als zehntausend Einwohnern Bestimmungen aufzustellen, welche von der verfassungsmäßigen Regel abweichen, daß die Schuldbetreibung einem Beamten der politischen Gemeinde übertragen wird. Das Vereinigungsgesetz verfügt, es werde das Gebiet der politischen Gemeinden Außersihl, Enge mit Leimbach, Fluntern, Hirslanden, Hottingen, Oberstraß, Riesbach, Unterstraß, Wiedikon, Wipkingen und Wollishofen (mit Ausnahme von Oberleimbach) der Stadt Zürich zugetheilt. Die in dem zugetheilten Gebiete bestehenden politischen und Bürgergemeinden, Schul- und Sekundarschulkreise und besondern Gemeindeverbände werden aufgelöst. Die bürgerlichen Angehörigen der aufgehobenen Gemeinden werden Bürger der Stadt Zürich. Im Fernern regelt das Gesetz eingehend das Schicksal des Vermögens der verschmolzenen Gemeinden, die Organisation und den Haushalt der neuen Stadtgemeinde Zürich sowie die Aufsicht über dieselbe.

B. Gegen beide Gesetze ergriff der Gemeinderath von Wollishofen zu Folge Beschlusses der Gemeindeversammlung vom 26. Juli und 13. September 1891 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, mit dem Antrage: Das Bundesgericht wolle beschließen, es seien die beiden Gesetze, weil in Widerspruch mit den Bestimmungen der Art. 4 und 5 der schweizerischen Bundesverfassung und der Art. 2, 47, 48, 49, 51, 53 [1], 65 der zürcherischen Staatsverfassung stehend, allgemein nicht zu Recht bestehend, eventuell nicht für die Gemeinde Wollishofen verbindlich. Alles unter Kostenfolge für den Staat Zürich. In der Rekursschrift wird zunächst konstatirt, daß die Gemeinde Wollishofen stets gegen ihre Einbeziehung in die projektirte Vereinigung der Ausgemeinden der Stadt Zürich mit dieser Gemeinde protestirt

habe und sodann ausgeführt, daß diese Einbeziehung weder nothwendig noch billig sei und daß überhaupt die durch das Vereinigungsgesetz durchgeführte Gemeindeverschmelzung nicht das richtige Mittel sei, um denjenigen Uebelständen, welchen man dadurch begegnen wolle, dauernd abzuhelfen. In rechtlicher Beziehung wird wesentlich geltend gemacht:

1. In erster Linie werde durch das Vereinigungsgesetz Art. 47 Lemma 3 der Kantonsverfassung verletzt, weil die Vereinigung ohne Zustimmung der Gemeinde Wollishofen beschlossen worden sei. Denn nach der citirten Verfassungsbestimmung sei eine Verschmelzung von Gemeinden nur mit deren Einwilligung möglich. Dies ergebe sich, wie in den beigelegten Rechtsgutachten der Professoren Meili und v. Wyß des nähern ausgeführt sei, aus der ganzen historischen Entwickelung des zürcherischen Gemeindewesens, welche nach einer größern Autonomie der Gemeinden tendire, aus der bisherigen Praxis, in welcher noch nie eine Gemeinde ohne ihre Zustimmung ganz oder theilweise mit andern vereinigt worden sei, aus den für bloße Grenzbereinigungen geltenden Gesetzesbestimmungen (§ 4 des Gemeindegesetzes), wonach selbst für solche die Verständigung der Gemeinden das primäre sei, sowie endlich aus der Entstehungsgeschichte der Verfassung. Aus den bei Berathung des Verfassungsentwurfes in der verfassungsräthlichen Gesammtkommission gefallenen Voten ergebe sich deutlich, daß man bei Aufstellung der Norm des § 47 Lemma 3 der Verfassung die Zustimmung der Gemeinden stillschweigend vorausgesetzt habe und nur habe aussprechen wollen, daß zu Gründung neuer Gemeinden nicht, wie bei privatrechtlichen Korporationen, der Wille der Betheiligten für sich allein genüge, sondern die Genehmigung durch Gesetz hinzutreten müsse. Durch die Volksabstimmung vom 9. August 1891 habe diese Verfassungsbestimmung weder alterirt noch authentisch interpretirt werden können. Denn diese Frage als solche habe der Abstimmung nicht unterlegen.

2. Art. 1 des Verfassungsgesetzes verstoße gegen Art. 2 der kantonalen Verfassung, welcher die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze gewährleiste. Nach Art. 1 des Verfassungsgesetzes könne, — und es sei dies durch das Vereinigungsgesetz bereits geschehen, — die Verfassung für Gemeinden mit über 10,000

Einwohnern nicht nur in der legalen Form der Revision sondern in einer der legalen Form widersprechenden Weise jeder Zeit, wenn es der zufälligen Mehrheit des Kantonsrathes und der Mehrheit des Souverains gefalle, abgeändert oder außer Kraft gesetzt werden. Die Verfassung könne durch einfaches Gesetz für diese Gemeinden aufgehoben werden. Das widerspreche den Art. 2, 48, 49, 51 und 65 der Verfassung.

3. Ebenso stehe der gedachte Grundsatz des Verfassungsgesetzes mit Art. 4 und 5 B.-V. in Widerspruch.

4. Das Vereinigungsgesetz schaffe für die zu vereinigenden Gemeinden ein von dem für die übrigen Gemeinden des Kantons geltenden, in einer Reihe der wichtigsten Grundsätze abweichendes Gemeindegesetz; sie schaffe für diese Gemeinden eine besondere Aufsichtsbehörde, beseitige die in Art. 49 Lemma 2 der Kantonsverfassung ausdrücklich gewährleisteten Gemeindeversammlungen und überweise einen Theil der Befugnisse derselben dem Großen Stadtrath, es führe für die vereinigten Gemeinden ein besonderes Steuersystem ein. Diese ausnahmsweise Behandlung verstoße gegen die Art. 2, 48, 49, 51, 53[1] K.-V. und 4 u. 5 B.-V.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt der Regierungsrath des Kantons Zürich aus:

1. Die Behauptung der Rekurrentin, eine Vereinigung von Gemeinden könne vom Gesetzgeber nur mit Zustimmung der Gemeinden dekretirt werden, sei unrichtig. Das ergebe sich schon aus der Art und Weise, wie im zürcherischen Gemeindegesetze die Grenzveränderungen von Gemeinden normirt seien. Nach Art. 4 des Gemeindegesetzes dürfen einfache Grenzveränderungen auch *gegen* den Willen der Gemeinden vom Regierungsrathe, allerdings nur aus erheblichen Gründen administrativer Zweckmäßigkeit, vorgenommen werden. Wenn es sich aber um größere, mit Wohnhäusern besetzte, Gemeindetheile handle, so stehe der Entscheid dem Kantonsrathe zu. Stehe eine ganze Gemeinde, respektive deren Vereinigung in Frage, so entscheide die Gesetzgebung, das ganze Volk. Wenn hier der Souverain die Vereinigung nur dann genehmigen dürfte, wenn sie sämmtlichen betheiligten Gemeinden genehm sei, so stände er an Kompetenz ja unter seinem Mandatar, dem Kantonsrathe, was offenbar nicht angenommen werden könne. Art. 43 K.-V. bestimme: „Der Kanton ist in Bezirke

eingetheilt. Aenderungen in der bestehenden Eintheilung erfolgen auf dem Wege der Gesetzgebung." Unzweifelhaft sei nun, daß Aenderungen der Bezirkseintheilung ohne Zustimmung der Betheiligten vom Gesetzgeber vorgenommen werden können. Ganz das gleiche müsse auch für Aenderungen der Gemeindeeintheilung gelten, welche in der Verfassung in ganz gleicher Weise vorbehalten seien, wie solche der Bezirkseintheilung. Die Gemeinden seien so wenig wie die Bezirke unveränderliche Grundlagen des Staates. Es sei nicht richtig, daß Aenderungen der Gemeindeeintheilung bisher nur mit Zustimmung der Betheiligten vorgenommen worden seien. Durch Gesetz vom 28. April 1878 z. B. sei die Civilgemeinde Truttikon von der politischen Gemeinde Trüllikon abgetrennt und zu einer selbständigen politischen Gemeinde erhoben worden, obschon Trüllikon die Abtretung nichts weniger als gern gesehen habe. Die Frage der Gemeindeautonomie habe mit der vorliegenden Frage nichts zu schaffen. Hier handle es sich nicht um die Autonomie der Gemeinde Wollishofen sondern um deren Existenz. Die Autonomie gebe noch kein Recht auf Existenz, vielmehr bestehe die Autonomie eben nur insoweit als Gemeinden, gleichviel ob auf Grund gesetzlicher Neubildung oder hergebrachtermaßen, überhaupt bestehen. Der Abs. 3 des Art. 47 der kantonalen Verfassung sei nicht im Jahre 1869 im Sinne einer Gewährleistung der Existenz der bestehenden Gemeinden gegen gesetzliche Aufhebung aufgenommen worden, sondern sein Inhalt sei hergebrachten Rechtens; schon die frühere Kantonsverfassung und auch die Verfassung von 1831 haben einen wesentlich gleichen Satz enthalten. Wie die Verfassung des Kantons Zürich, so behalten auch die Verfassung und Gesetzgebung anderer Kantone dem Gesetzgeber die Befugniß vor, Aenderungen der Gemeindeeintheilung ohne Zustimmung der betheiligten Gemeinden vorzunehmen, so das Recht der Kantone Bern, Genf, Neuenburg, Waadt, Schaffhausen, St. Gallen, Luzern. Die Verfassung des Kantons Wallis lasse eine solche durch bloßes großräthliches Dekret zu und die freiburgischen Gesetze vollends überweisen die Grenzbestimmung des Gemeindegebietes sogar den Verwaltungsbehörden. Die sachbezügliche Befugniß des Gesetzgebers sei denn auch durch verschiedene bundesgerichtliche Entscheidungen, insbesondere durch die Entscheidung in Sachen Otterbach gegen Bern

vom 13. April 1888 (Amtliche Sammlung XIV, S. 213 u. f.) anerkannt worden.

2. Das Verfassungsgesetz bilde selbst einen Theil der kantonalen Verfassung so gut wie die Hauptverfassung und es könne also keine Rede davon sein, daß dasselbe kantonalverfassungswidrig sei. Soweit es mit den Bestimmungen der Hauptverfassung kollidire, hebe es dieselben einfach auf. Speziell sei unrichtig, daß das Verfassungsgesetz dem Art. 65 K.-V. zuwiderlaufe. Die Form, in welcher verfassungsmäßige Grundsätze für Gemeinden mit über 10,000 Einwohnern außer Kraft gesetzt werden können, sei in der abgeänderten Verfassung selbst bestimmt. Wenn hier dem Gesetzgeber die Befugniß eingeräumt werde, unter Umständen und bedingungsweise von allgemeinen verfassungsmäßigen Grundsätzen abzuweichen, so sei dies durchaus nichts einzig in seiner Art dastehendes. Eine derartige Vollmacht an die Gesetzgebung finde sich auch in andern Verfassungen, z. B. in § 94 der luzernischen Kantonsverfassung. Wenn die Rekursschrift im Weitern behaupte, das Verfassungsgesetz verstoße gegen die in Art. 4 B.-V. gewährleistete Gleichheit vor dem Gesetze, so sei dies unrichtig. Da wo besondere Verhältnisse Ausnahmebestimmungen erheischen, sei der Gesetzgeber nicht nur befugt sondern selbst verpflichtet, solche zu erlassen. Das sei in der bundesgerichtlichen Praxis stets anerkannt worden. Es seien denn auch vielfach durch einfache Gesetze für besondere und insbesondere städtische Verhältniße besondere Bestimmungen (z. B. die Bauordnung für die Städte Zürich und Winterthur u. s. w.) aufgestellt worden, ohne daß jemals dereu Unvereinbarkeit mit dem Prinzipe der Gleichheit vor dem Gesetze wäre behauptet worden. Inwiefern das Verfassungsgesetz mit Art. 5 B.-V. in Widerspruch sollte stehen können, sei nicht einzusehen. Wenn die Gemeindevereinigung an sich und das Verfassungsgesetz demnach nicht verfassungswidrig seien, so könne auch von einer Verfassungswidrigkeit einzelner Bestimmungen des Vereinigungsgesetzes nicht die Rede sein; denn die Rekurrentin selbst behaupte nicht, daß das Vereinigungsgesetz in irgend einem Theile mit dem neuen Verfassungsgesetze in Widerspruch stehe. Demnach werde beantragt: Der Rekurs sei abzuweisen und der Rekurrentin die Kosten und eine Prozeßentschädigung aufzuerlegen.

D. Von der Gemeinde Wollishofen ist eine Replik eingelegt

worden, indeß erst nach Ablauf der vom Instruktionsrichter angesetzten Replikfrist. Die Gemeinde suchte um Restitution gegen die Fristversäumniß nach, weil die Frist angesichts der Wichtigkeit der Sache zu kurz bemessen und deren Einhaltung schlechterdings nicht möglich gewesen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Begehren der Gemeinde Wollishofen um Gewährung der Restitution gegen die Versäumniß der Replikfrist ist unbegründet. Erachtete die Gemeinde die ihr angesetzte Frist als zu kurz, so lag es ihr ob, beim Instruktionsrichter rechtzeitig um deren Verlängerung nachzusuchen. Nachdem sie dies nicht gethan hat, kann sie nicht nachträglich wegen zu knapper Bemessung der Frist um Restitution nachsuchen.

2. Fragt sich zunächst, ob nach zürcherischem Verfassungsrechte eine gesetzliche Verschmelzung von Gemeinden ohne deren Zustimmung statthaft sei, so ist diese Frage nicht etwa durch das Verfassungsgesetz vom 9. August 1891 erledigt. Denn wenn auch dieses Verfassungsgesetz mit Rücksicht auf die beabsichtigte Vereinigung der Stadt Zürich und ihrer Ausgemeinden erlassen wurde, so enthält es doch darüber, unter welchen Voraussetzungen die gesetzliche Verschmelzung von Gemeinden statthaft sei, keine Bestimmungen; es bewendet also in dieser Beziehung bei den Bestimmungen der zürcherischen Kantonsverfassung vom 31. März 1869.

3. Grundsätzlich nun ist davon auszugehen, daß die kantonale Gesetzgebung, soweit nicht die Bundes- oder Kantonalverfassung Grenzen der kantonalen Staatsgewalt aufstellen, rechtlich unbeschränkt ist (vergl. Entscheidung Amtliche Sammlung XV, S. 204 Erw. 2). Die kantonale Gesetzgebung ist also zu Anordnung der Vereinigung oder Trennung von Gemeinden, auch ohne deren Einwilligung, befugt, sofern nicht eine positive Verfassungsbebestimmung entgegensteht. Eine solche Vorschrift, wodurch gewährleistet würde, daß eine gesetzliche Vereinigung oder Auflösung von Gemeinden nur mit deren Einwilligung geschehen dürfe, enthält das zürcherische Verfassungsrecht nicht. Die zürcherische Verfassung zählt weder die einzelnen Gemeinden, in welche das Staatsgebiet eingetheilt ist, namentlich auf, noch enthält sie (wie. z. B. Art. 53 der solothurnischen Kantonsverfassung) eine allgemeine

Vorschrift, daß die bestehende Gemeindeeintheilung gewährleistet werde und ohne Einwilligung der Betheiligten nicht geändert werden dürfe. Art. 47 Lemma 3 der Kantonsverfassung bestimmt im Gegentheil, daß die Bildung neuer und die Vereinigung oder Auflösung bereits bestehender Gemeinden der Gesetzgebung zustehe. Die Rekurrentin behauptet nun allerdings, diese Verfassungsbestimmung setze stillschweigend voraus, daß die Vereinigung oder Auflösung von den betheiligten Gemeinden beschlossen worden sei und besage blos, daß ein derartiger Beschluß durch ein Gesetz genehmigt werden müsse, nicht aber ohne staatliche Sanktion gültig sei oder blos der Genehmigung durch Regierungs- oder Kantonsrath bedürfe. Allein eine solche Einschränkung liegt weder im Wortlaute des Art. 47 Lemma 3 cit. noch folgt sie aus dem Zusammenhange der Verfassung oder der Natur der Sache. Wenn die Rekurrentin sich auf den Art. 48 der Verfassung berufen hat, welcher den Gemeinden die Befugniß gewährleistet, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und Gesetze selbständig zu ordnen, so ist dies nicht zutreffend. Diese Verfassungsbestimmung gewährleistet den nach Verfassung und Gesetz bestehenden Gemeinden die Selbständigkeit ihrer Verwaltung innerhalb der verfassungsmäßigen und gesetzlichen Schranken, dagegen bestimmt sie nichts darüber, unter welchen Voraussetzungen Gemeinden aufgehoben oder mit andern verschmolzen werden können. Zudem behält sie ja gesetzliche Beschränkungen ausdrücklich vor und handelt es sich hier um einen spezialgesetzlichen Erlaß. Die Entstehungsgeschichte der Verfassung, auf welche die Rekurrentin sich des Fernern berufen hat, gibt für deren Auslegung in der hier fraglichen Richtung keinen irgend erheblichen Anhaltspunkt; übrigens ist klar, daß einzelnen im Schooße der Verfassungskommission gefallenen Voten in keinem Falle eine entscheidende Bedeutung für die Auslegung der Verfassung beigemessen werden könnte. Im Uebrigen ist ja allerdings richtig, daß die Gemeinden nicht wie die Bezirke bloße staatliche Verwaltungsabtheilungen, sondern selbständige, juristische und ökonomische Organismen sind. Allein dies ändert nichts daran, daß dieselben einseitiger Aufhebung und Verschmelzung durch die staatliche Gesetzgebung unterliegen, soweit diese nicht durch eine positive Ver-

fassungsbestimmung beschränkt ist. Eine rechtliche Schranke des staatlichen Gesetzgebungsrechtes ist, ohne ausdrückliche Verfassungsvorschrift, hier um so weniger anzunehmen, als die Gemeinden öffentlich-rechtliche, politische Körperschaften sind, welche die Grundlage der Staatsverwaltung bilden, so daß bei Normirung ihrer Gestaltung das öffentliche, staatliche Interesse wesentlich mit in Betracht kommt. Daß die Verfassung von einer zwangsweisen Durchführung von Gemeindevereinigungen nicht ausdrücklich spricht (wie dies gesetzlich für Grenzbereinigungen u. dergl. der Fall ist) erscheint als gleichgültig. Ein gesetzlicher Zwang ist nicht insolange verfassungsmäßig ausgeschlossen, als die Verfassung ihn nicht vorsieht, sondern er ist insolange zuläßig, als sie ihn nicht ausdrücklich ausschließt. Soweit die Verfassung sie nicht beschränkt, ist eben die staatliche Gesetzgebung frei.

4. Insoweit sodann die Beschwerde behauptet, das Verfassungsgesetz vom 9. August 1891 sei mit verschiedenen Bestimmungen der kantonalen Verfassung unvereinbar, erscheint dieselbe ohne weiters als unbegründet. Das Verfassungsgesetz bildet, wie die rekursbeklagte Regierung mit Recht bemerkt, selbst einen Bestandtheil der kantonalen Verfassung und kann also unmöglich kantonalverfassungswidrig sein. Insoweit dasselbe die Gesetzgebung dazu ermächtigt, für bestimmte Thatbestände Vorschriften aufzustellen, welche von den allgemeinen Prinzipien der Verfassung abweichen, wird eben das Anwendungsgebiet der letztern verfassungsmäßig beschränkt. Wenn die Rekurrentin endlich noch geltend macht, das Verfassungsgesetz verstoße gegen Art. 4 und 5 B.-V., so kann das Bundesgericht auf diese Beschwerde nicht eintreten. Denn die Prüfung neu erlassener kantonaler Verfassungen oder Verfassungsgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der bestehenden Bundesverfassung hin ist nach Art. 6 und 85 B.-V. Sache der Bundesversammlung. Dieser müssen die kantonalen Verfassungen zur Genehmigung vorgelegt werden und sie hat dabei zu prüfen, ob deren Bestimmungen mit der Bundesverfassung vereinbar seien.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde ist abgewiesen.

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Deutschland. — Traité avec l'Allemagne.

99. Urtheil vom 23. Oktober 1891 in Sachen Stöcklin.

A. Durch Urtheil der Strafkammer III des großherzoglich-badischen Landgerichtes Karlsruhe vom 2. Mai 1891 wurde Mathias Stöcklin von Weisweil, damals wohnhaft in Bruchsal, wegen fahrlässigen Falscheides im Sinne des § 163 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches zu einer Gefängnißstrafe von acht Monaten und zu Tragung der Kosten des Strafverfahrens verurtheilt. Gestützt auf dieses Urtheil suchte das großherzogliche Staatsministerium, unter Berufung auf den schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrag, beim schweizerischen Bundesrathe mit Note vom 28. September 1891 um Auslieferung des in Luzern provisorisch verhafteten Mathias Stöcklin nach. Da Stöcklin die Anwendbarkeit des Auslieferungsvertrages bestritt, so hat der Bundesrath mit Schreiben vom 10. Oktober 1891 die Akten dem Bundesgerichte zur Entscheidung übermittelt.

B. Die Einsprache gegen die Auslieferung wird in einer Eingabe des Anwaltes des Requirirten, des Advokaten Dr. Weibel, datirt den 22. September 1891 folgendermaßen begründet: 1. Der fahrläßige „Meineid" „existire im Kanton Luzern strafrechtlich nicht." Es sei aber allgemeiner, auch im schweizerisch-deutschen

Auslieferungsvertrage anerkannter, Grundsatz des Auslieferungsrechts, daß nur wegen solcher Verbrechen ausgeliefert werde, welche auch im ersuchten Staate als solche bestehen. 2. Der schweizerisch-deutsche Auslieferungsvertrag bezeichne als Auslieferungsvergehen schlechthin den „Meineid". Darunter sei aber nach allgemeinem Sprachgebrauche und speziell nach der deutschen und schweizerischen Rechts- und Gesetzessprache nur der vorsätzlich falsche Eid zu verstehen. Stöcklin dürfe daher, da er nicht wegen vorsätzlich, sondern nur wegen fahrlässig falschen Eides verurtheilt worden sei, nicht ausgeliefert werden. 3. Es sei überhaupt allgemein anerkannte Praxis, daß wegen Fahrläßigkeitsvergehen nur dann ausgeliefert werde, wenn dies besonders vereinbart sei. Dieser Grundsatz müsse auch für den schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrag gelten, der in Art. 1 immer speziell betone, wenn auch die fahrläßige Begehung zur Auslieferung führen solle.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wenn der Einsprecher zunächst darauf scheint abstellen zu wollen, der fahrlässige Falscheid sei nach luzernischem Rechte nicht strafbar, so ist dieß, wie sich aus Art. 144 des luzernischen Kriminalstrafgesetzbuches und Art. 71 des Polizeistrafgesetzbuches ergibt, nicht richtig. Die erste gegen die Auslieferung erhobene Einwendung des Requirirten ist also auch dann unbegründet, wenn es richtig sein sollte, daß der schweizerisch-deutsche Auslieferungsvertrag unbedingt davon ausgehe, die Auslieferung sei nur für solche Handlungen zu bewilligen, welche nach der Gesetzgebung beider Staaten strafbar sind. Es braucht also letztere Frage hier nicht weiter untersucht zu werden (vergleiche übrigens Entscheidung des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung IV, S. 124 u. f.; XIII, S. 302).

2. Art. 1 Ziffer 14 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages stipulirt die Auslieferungspflicht nur wegen „Meineides", nicht auch wegen fahrläßigen Falscheides. Danach besteht für letzteren Thatbestand eine Auslieferungspflicht nicht. Denn „Meineid" bezeichnet nach dem sowohl im deutschen als im schweizerischen Recht herrschenden Sprachgebrauche nur die wissentlich falsche Eidesleistung. Freilich setzt das deutsche Reichsstrafgesetzbuch dem neunten Abschnitt seines zweiten Titels, der nicht nur vom Mein-

eid sondern auch von andern Eidesdelikten, speziell vom fahrläßigen Falscheide, handelt, die Ueberschrift „Meineid" voraus. Allein diese Ueberschrift ist a potiori entnommen und beweist durchaus nicht, daß im Sinne des deutschen Gesetzes alle im neunten Titel behandelten Eidesdelikte unter die Bezeichnung „Meineid" fallen, vielmehr erscheint, wie in der Doktrin anerkannt ist (siehe Olshausen, Kommentar; Wächter, Vorlesungen, S. 476; Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 405), als Delikt des Meineides auch im deutschen Rechte lediglich die wissentlich falsche Eidesleistung. In der schweizerischen Gesetzgebung sodann wird als Verbrechen des „Meineides" durchaus nur die wissentlich falsche Eidesleistung bezeichnet (siehe Strafgesetzbuch von Thurgau Art. 182, Schaffhausen Art. 258, Obwalden Art. 57, Bern Art. 114 u. 115, Glarus Art. 71, Zürich Art. 104, Basel Art. 78, Zug § 65, Schwyz Art. 57, St. Gallen Art. 81 Ziffer 1). Danach kann denn dem Ausdruck „Meineid" in Art. 1 Ziffer 14 des Auslieferungsvertrages eine andere, umfassendere Bedeutung unmöglich beigemessen werden. Eine Berechtigung, diese Bestimmung auch auf den fahrläßigen Falscheid anzuwenden, liegt um so weniger vor, als letzterer Thatbestand nach einer größern Zahl schweizerischer Gesetze überhaupt nicht strafbar ist und als dem schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrag offenbar der Gedanke zu Grunde liegt, es sei die Auslieferungspflicht regelmäßig auf vorsätzliche Handlungen zu beschränken. Dieser Gedanke ergibt sich deutlich daraus, daß in Art. 1 Ziffer 2, 6, 10, 20 u. 23, wo die gebrauchte Deliktsbezeichnung mangels näherer Bestimmung auch auf Fahrläßigkeitsvergehen könnte bezogen werden, ausdrücklich erklärt wird, daß nur das vorsätzliche Vergehen gemeint sei.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Mathias Stöcklin an das Großherzogthum Baden wegen fahrläßigen Falscheides wird nicht bewilligt.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten. — Expropriation.

100. Urtheil vom 11. Dezember 1891 in Sachen Affolter gegen Jura-Simplon-Bahn.

A. Die Familie Affolter beſitzt bei Delsberg einen Hof, von welchem in früherer Zeit ein Fahrweg direkt nach der Stadt geführt haben ſoll. Durch die jetzt beſtehende Bahnhofanlage wurde dieſer Weg bei ſeiner Einmündung verſperrt. Die Familie Affolter hatte deßhalb ſeiner Zeit, als die Pläne für den Bahnhof Delsberg aufgelegt wurden, eine Entſchädigungsforderung geltend gemacht. Ein bezügliches Expropriationsverfahren fand indeſſen nicht ſtatt; vielmehr ſoll in Folge gütlicher Unterhandlungen mit dem damaligen Expropriationskommiſſär der Jurabahngeſellſchaft eine Verſtändigung zu Stande gekommen ſein des Inhaltes, daß ein gehöriger Fahrweg an einem andern Orte erſtellt und überdies noch der Familie Affolter durch beſondere Vorrichtung ein Fußſteig über die Bahnhofanlagen gewährt werden ſollte. In der That ſcheint die Impetrantin ſeither, eine ganze Reihe von Jahren hindurch, dieſen Fußſteig benutzt zu haben. Erſt im Juli vorigen Jahres wurde ihr von der Bahnverwaltung die Weiterbenutzung des Durchganges wegen Gefährlichkeit desſelben verboten. Als ſie ſich dem Verbote nicht fügte, wurde Adolf Affolter, ein Mitglied der Familie, polizeilich angezeigt und wegen Uebertretung des Verbotes beſtraft. Die kantonale Polizeikammer hob indeſſen das Strafurtheil auf und wies den Fall dem Polizeirichter von Delsberg zu neuer Behandlung zurück. Vor dieſem wurde alsdann die

Einstellung des Strafverfahrens behufs Einleitung eines Civilstreites erlangt. Zu letzterm Zwecke wendet sich nun die Impetrantin an das Bundesgericht.

B. Mit Einlage vom 5. August laufenden Jahres stellt sie die Begehren:

1. Es sei die Jura-Simplon-Bahngesellschaft am Platze der bernischen Jurabahngesellschaft, eventuell diese letztere, zu verhalten, den im seiner Zeit aufgelegten Expropriationsplan über den Bahnhof Delsberg für den Hof Neuen vorgesehenen neu zu erstellenden Fahrweg von und nach der Stadt Delsberg unverzüglich zu erstellen und den Betheiligten in gehörigem Zustande an die Hand zu geben.

2. Es habe das Bundesgericht die nöthigen Schritte einzuleiten, damit für die Familie Affolter die wegen erschwerter Zu- und Vonfahrt ihres Hofes Neuen geforderte Entschädigung gerichtlich festgestellt werden kann, respektive es sei diese Entschädigung durch das Bundesgericht im gesetzlichen Verfahren zu bestimmen; — unter Kostenfolge. — Zur Begründung ihrer Begehren führt die Impetrantin folgendes aus: Trotz übernommener Verpflichtung habe die Bahn den Fahrweg Neuen-Delsberg noch jetzt nicht erstellt. Die Impetrantin habe auch niemals eine Entschädigung für die erschwerte Von- und Zufahrt erhalten. Die seiner Zeit anhängig gemachte Expropriationssache wache nun dadurch, daß der an Stelle einer Entschädigung gewährte Fußsteig plötzlich verboten werde, wieder auf. Eine Erklärung, daß sie ihre Forderungseingabe zurückziehe, habe die Impetrantin niemals gegeben; wenn trotzdem das Expropriationsverfahren nicht durchgeführt worden sei, so könne dies nur die Folge von einseitigen und daher für sie unverbindlichen Erklärungen des Vertreters der Bahngesellschaft gewesen sein. Auf die Anfrage seitens des Bundesgerichtspräsidenten, ob sie den erhobenen Streit als einen Civilfall oder als einen staatsrechtlichen Rekurs aufgefaßt wissen wolle, antwortete die Impetrantin, es solle die Sache als eine Expropriationsstreitigkeit behandelt werden; sie bezwecke nur damit, die noch unerledigte Expropriationssache zur Entscheidung zu bringen. Demnach sollen alle ihre weitern Gesuche im Schriftsatz vom 5. August dahin fallen und es werde nur noch das Gesuch um Erledigung der noch pendenten Expropriationssache aufrecht erhalten.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 16. September gibt die Jura-Simplon-Bahngesellschaft zu, daß eine Verständigung zwischen der Jurabahn und der Impetrantin stattgefunden habe, da ansonst die Schatzungskommission einen Entscheid gefällt haben würde. Wenn dies aber der Fall sei, bemerkt sie darauf, so leide das Gesuch der Impetrantin an einem innern Widerspruch. Denn durch die getroffene Verständigung wäre die damals anhängig gemachte Expropriationssache dahingefallen. Letztere könne dadurch, daß die Verständigung von einem Theil nicht befolgt werde, nicht mehr aufleben. Vielmehr sei in diesem Falle auf Erfüllung der Uebereinkunft zu klagen, was nicht vor Bundesgericht, sondern nur vor den kantonalen Instanzen geschehen könne. Ueberdies qualifizire sich der nun erhobene Anspruch auf Entschädigung als eine persönliche Forderung und unterliege als solche der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 10 Jahren. Da nun die Pläne für den Bahnhof Delsberg im Jahre 1873 oder 1874 aufgelegt worden seien, so sei diese Frist schon längst verstrichen und damit auch jedes Recht auf Entschädigung verwirkt. Aus diesen Gründen sei das Gesuch abzuweisen.

D. Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik an ihrer frühern Auffassung fest und leitet die Kompetenz des Bundesgerichtes daraus her, daß sie nicht auf Erfüllung des Abkommens, sondern auf Bestimmung einer Expropriationsentschädigung klage. Nach Bundesgesetz habe nun das Bundesgericht in letzter Instanz über das Maß solcher Entschädigungen zu urtheilen. Eventuell sei die Jura-Simplon-Bahn nicht berechtigt gewesen, ohne weiters vom getroffenen Abkommen zurückzutreten und das wohlerworbene Wegrecht der Impetrantin über die Bahnhofanlagen plötzlich aufzuheben, sondern auch hiefür sei die Bahngesellschaft zu Einleitung des Expropriationsverfahrens verpflichtet gewesen. Der Einwand der Verjährung treffe nicht zu. Das Recht auf Entschädigung bei zwangsweiser Enteignung sei kein persönliches sondern ein dingliches Recht und somit der zehnjährigen Verjährungsfrist nicht unterworfen. Wäre dies auch der Fall, so würde die Verjährungsfrist nicht vom Jahre 1873, sondern vom Erlaß des Durchgangsverbotes an zu laufen beginnen. Denn erst mit diesem Augenblick hätte eine Klage gegen die Jura-Simplon-Bahngesellschaft geltend gemacht werden können.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde ist nach ausdrücklicher Erklärung der Impetrantin als eine Expropriationsstreitigkeit zu behandeln. In Expropriationssachen kommen aber dem Bundesgerichte keine andern Befugnisse zu, als diejenigen, die ihm die Art. 35 und 28 des Bundesgesetzes vom 1. Mai 1850 einräumen, nämlich der Entscheid in zweiter Instanz über Forderungsansprüche, die von einer Schatzungskommission schon beurtheilt worden sind (Art. 35) und ein allgemeines Aufsichtsrecht über die Amtsführung der Schatzungskommissionen (Art. 28). In dieser letztern Hinsicht wäre ein Rekurs an das Bundesgericht dann zulässig, wenn eine Schatzungskommission sich der Erfüllung ihrer Aufgabe weigerte, oder dieselbe nur unvollständig ausführte. In concreto treffen aber weder die Voraussetzungen des Art. 28, noch diejenigen des Art. 35 zu. Hier handelt es sich lediglich um die Einleitung eines Expropriationsverfahrens, möge dieselbe als die Wiederaufnahme desjenigen erscheinen, das angeblich zur Zeit der Planauflage durch das getroffene Abkommen unterbrochen worden ist oder als die Anordnung eines neuen, auf Grund der durch das Abkommen neu geschaffenen Lage. Bezüglich Einleitung eines Expropriationsverfahrens ist aber nicht das Bundesgericht, sondern der Bundesrath kompetent.

2. Im Weitern wird aber von beiden Parteien behauptet, es sei seiner Zeit die Expropriationsangelegenheit durch Vergleich erledigt worden. Streitig ist jedoch, ob ein Privatrecht und welches hiebei seitens der Bahngesellschaft der Familie Affolter eingeräumt worden. Es würde sich daher diesfalls darum handeln, ob das angesprochene Privatrecht bestehe oder nicht bestehe. Hierüber könnte aber nur der kantonale Richter angerufen werden, wie das Bundesgericht schon in wiederholten Fällen ausgesprochen hat (Amtliche Sammlung III S. 343; IV S. 652; VII S. 267).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf das Gesuch der Impetrantin wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

II. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

101. Urtheil vom 3. Oktober 1891 in Sachen Mühlemann gegen Christen.

A. Durch Urtheil vom 26. Juli 1891 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Der Kläger Jakob Mühlemann ist mit seinen Klagsbegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urtheils die Klage gutzuheißen. Der Vertreter der Beklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde im Sinne der Verwerfung der Klage an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung hat die Vorinstanz folgendes festgestellt: Gegen Abend des 8. Oktober 1889 trieben der Sohn der Beklagten und deren Melker eine aus 8 bis 9 Kühen und 2 Kälbern bestehende Viehherde von der Weide durch einen öffentlichen Weg nach dem Hause der Beklagten. Der Melker befand sich an der Spitze der Heerde, der Sohn Christen am Ende derselben. Neben dem letztern lief während einiger Zeit das am 9. März 1876 geborene, danach noch schulpflichtige Mädchen, Lina Mühlemann, Tochter des Klägers, her. Dasselbe war, während der damaligen Schulferien, bei Ferdinand Werthmüller in Rumendingen bedienstet, wo es Kost und Logis und einige Vergütung in Kleidern und Geld erhielt. Das Mädchen hatte im Auftrage seines Meisters eine Besorgung im Dorfe Rumendingen ausgeführt und kehrte von dort her nach dem Hause seines Meisters zurück. Als die Viehheerde in der Nähe des Hauses der Beklagten, beim Brunnen, angelangt war, wurden die Kühe angehalten, um ihnen die Glocken abzunehmen und sie zu tränken. Dabei leisteten auch die Beklagte selbst, eine Tochter und eine Magd derselben, welche aus dem Hause herausgetreten waren,

Hülfe. An der betreffenden Stelle grenzt auf der andern Seite des Brunnens, ein Hag, bestehend aus eichenen Wandstöcken und Querlatten, den Weg ab. Das Mädchen versuchte nun, an den Kühen vorbeizukommen; dabei wurde es von einer der Kühe derart gegen einen der Wandstöcke, bei welchem es momentan scheint stehen geblieben zu sein, gepreßt, daß ihm der Brustkaste eingedrückt wurde. Es waren nämlich zwei der Kühe, während sie vor dem Brunnen standen, aneinandergestoßen; das hintere der beiden, übrigens nicht bösartigen, sondern zahmen und „freinen" Thiere machte in Folge dessen, dem Stoße des vordern nachgebend, eine rückgängige Bewegung und stieß dabei auf das in der Nähe befindliche Mädchen. Die erlittene Verletzung hatte den sofortigen Tod des Mädchens zur Folge. Der Vater desselben hat unter Berufung auf Art. 50 ff. und Art. 65 O.-R. von der Beklagten eine angemessene Entschädigung gefordert, die er auf 2000 Fr. für vermögensrechtlichen Schaden und 1000 Fr. für moralisches Leid sowie auf 22 Fr. 75 Cts. für Beerdigungskosten beziffert. Die Beklagte hat die Forderung in Betreff der Beerdigungskosten anerkannt, im Uebrigen dagegen bestritten.

2. In rechtlicher Beziehung ist für die grundsätzliche Frage der Haftpflicht der Beklagten offenbar Art. 65 O.-R. entscheidend. Nach dieser Gesetzesbestimmung haftet, wer ein Thier hält, für den Schaden, welchen dasselbe anrichtet, sofern er nicht beweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe. Die Haftpflicht des Thierhalters ist demnach einerseits keine unbedingte, lediglich an die objektive Thatsache der Schadensstiftung geknüpfte, andrerseits dagegen liegt nicht dem Geschädigten der Nachweis eines Verschuldens ob; sondern die Haftpflicht besteht vielmehr insolange, als der Thierhalter nicht seinerseits beweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt in Verwahrung und Beaufsichtigung aufgewendet habe. Der Thierhalter trägt also zwar nicht schlechthin die Gefahr von Schädigungen, welche sein Thier verursacht, wohl aber muß er, um sich der Haftung zu entziehen, den Entlastungsbeweis erbringen; die Vermuthung spricht gegen ihn. Dabei verlangt das Gesetz für den Entlastungsbeweis den Nachweis, daß alle erforderliche Sorgfalt (le soin voulu, la necessaria diligenza) aufgewendet worden sei. Das Gesetz stellt die Anforderung, daß bei Verwahrung und

Beaufsichtigung von Thieren sorgfältig verfahren werde; jeder auch nur leichte Verstoß hiegegen schließt die Entlastung des Beklagten aus und läßt dessen Verantwortlichkeit bestehen. Wer Thiere zu seinem Nutzen oder Vergnügen hält, soll eben mit aller Sorgfalt darüber wachen, daß durch dieselben nicht Dritte rechtswidrig geschädigt werden. Was im einzelnen Falle zur sorgfältigen Verwahrung und Beaufsichtigung gehört, hängt von den Umständen ab. Gefährliche Thiere erheischen natürlich eine strengere Ueberwachung, als solche, welche im Allgemeinen unschädlich sind; unter Umständen, welche eine Gefährdung Dritter als leicht möglich erscheinen lassen, ist eine genauere Aufsicht erforderlich als da, wo eine solche Gefährdung im ordentlichen Laufe der Dinge als ausgeschlossen erscheint. Die bloße Thatsache, daß bei Verwahrung und Beaufsichtigung der Thiere in der üblichen Weise ist verfahren worden, wirkt für sich allein noch nicht befreiend. Freilich ist die Uebung insofern von Bedeutung, als sie in der Regel bekunden wird, welche Vorsichtsmaßregeln erfahrungsmäßig als unerläßlich gelten. Allein schlechthin entscheidend ist sie nicht. Denn das Gesetz fordert nicht die Aufwendung der üblichen, sondern aller erforderlichen Sorgfalt. Sollte es daher auch lokal üblich sein, Thiere unter Umständen, welche eine genauere Aufsicht zur Abwendung von Schädigungen Dritter objektiv erfordern, ganz ohne Aufsicht oder unter ungenügender Aufsicht zu lassen, so befreit diese Uebung denjenigen nicht, welcher derselben gefolgt ist und dessen Thiere in Folge dessen Schaden gestiftet haben. Dieser kann seinen Mangel an der erforderlichen Sorgfalt nicht damit entschuldigen, daß überhaupt in seinen Kreisen gewohnheitsmäßig bei Verwahrung und Beaufsichtigung der Thiere nachläßig zu Werke gegangen werde. Er muß vielmehr, da er es eben an der vom Gesetze allgemein von jedem verlangten erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen, für den Schaden aufkommen, welchen seine Thiere in Ermangelung derselben gestiftet haben. Danach erscheint es denn nicht als zutreffend, wenn die Vorinstanz ihre klageabweisende Entscheidung wesentlich darauf stützt, daß beim Eintreiben und Tränken der Thiere der Beklagten in der landesüblichen Weise sei verfahren worden und es muß daher das Bundesgericht zu selbständiger Prüfung der Frage schreiten, ob von der Beklagten der ihr obliegende Beweis, daß sie alle erforderliche Sorgfalt in

Verwahrung und Ueberwachung ihrer Thiere aufgewendet habe, erbracht sei. Dies ist nun zu verneinen. Der Unfall ereignete sich auf einem öffentlichen Wege, zu dessen Benutzung jedermann berechtigt ist. Beim Viehtrieb auf öffentlichen Wegen ist es nun gewiß geboten, daß die Beaufsichtigung des Viehes so geordnet werde, daß die Sicherheit des den Weg benutzenden Publikums nicht gefährdet werde; es ist demnach zu fordern, daß die Treiber und Hüter des Viehes ihre Aufmerksamkeit auch dem letztern zuwenden. Hieran fehlte es nun im vorliegenden Falle. Freilich war vollständig genügend Personal anwesend, um die Viehheerde zu beaufsichtigen. Allein die Aufmerksamkeit dieses Personals richtete sich einzig oder doch vorwiegend nur darauf, den Kühen die Glocken abzunehmen und sie zur Tränke zu treiben. Auf die Sicherheit der öffentlichen Passage und des dieselbe benutzenden Mädchens Lina Mühlemann wurde dabei nicht, jedenfalls nicht in ausreichendem Maße, geachtet. Zwar ist von der Beklagten behauptet worden, ihr Sohn habe das Mädchen mündlich gewarnt und ihm zugewinkt. Allein, nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, ist ersteres nicht erwiesen und steht in letzterer Beziehung wenigstens nicht fest, daß die Verunglückte das Winken gesehen und verstanden habe oder hätte sehen und verstehen sollen. Es muß also daran festgehalten werden, daß es an der erforderlichen Beaufsichtigung insofern fehlte, als für die Sicherheit des öffentlichen Weges keine Sorge getragen wurde; in Folge dieses Mangels ereignete sich dann der Unfall und zwar ohne daß der Verunglückten eine Schuld an demselben könnte beigemessen werden. Ein Verschulden des verunglückten Mädchens wäre dann wohl anzunehmen, wenn dasselbe, in Mißachtung einer Warnung, sich mitten durch das Vieh durchzuzwängen versucht hätte. Allein dies ist nicht der Fall. Das Mädchen konnte ohne Verschulden erwarten, auf dem öffentlichen Wege ungefährdet neben dem Vieh vorbeigehen und etwa auch am Wegrande stehen bleiben zu können, und es hätte dies sicher auch gekonnt, wenn die Beaufsichtigung des Viehes auch darauf sich gerichtet hätte, auf dem Wege einen Durchpaß von dem Gedränge der zur Tränke getriebenen Kühe frei zu halten.

3. Die Entschädigungsforderung ist sonach prinzipiell begründet, sofern dem Kläger durch den Tod seines Kindes ein nach dem

Gesetze erstattungsfähiger Schaden entstanden ist. In dieser Richtung ist festzuhalten, daß nach Art. 52 O.-R. den Hinterlassenen ein Ersatzanspruch auch dann zusteht, wenn der Getödtete zur Zeit des Todes noch nicht zu ihrem Unterhalte beitrug, dagegen anzunehmen ist, daß er dies im normalen Verlaufe der Dinge in Zukunft gethan haben würde (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Liechti gegen Bürgergemeinde Aarberg, Entscheidung Amtliche Sammlung XVI, S. 816 u. ff. Erw. 5). Im vorliegenden Falle nun ist anzunehmen, daß im ordentlichen Laufe der Dinge das getödtete Mädchen nach wenigen Jahren zum Unterhalte seiner gar nicht oder nur wenig begüterten Familie aus seinem Arbeitsverdienste einiges beigetragen hätte. Dagegen können allerdings, nach den vorliegenden Verhältnissen, diese Beiträge nicht sehr hoch angeschlagen werden; es erscheint vielmehr eine Entschädigung von 500 Fr. als den Verhältnissen entsprechend und genügend. Denn die Getödtete wäre offenbar ihrer ganzen Befähigung und Bildung nach auf die Stellung eines ländlichen Dienstboten angewiesen gewesen und hätte aus dem bescheidenen Lohne eines solchen auch nur bescheidene Beiträge zum Unterhalte ihrer Familie leisten können und geleistet. Weiter zu gehen und eine den vermuthlichen ökonomischen Schaden übersteigende Summe in Anwendung des Art. 54 O.-R. zuzusprechen, liegt ein Grund nicht vor. Insbesondere ist der Unfall nicht etwa auf ein grobes Verschulden der Beklagten zurückzuführen, sondern vielmehr ein solcher, wo eine unglückliche Fügung der Umstände mit einem etwelchen Mangel an Sorgfalt seitens der Beklagten zusammentraf.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird dahin für begründet erklärt, daß, in Abänderung des angefochtenen Urtheils, die Beklagte verpflichtet wird, außer den von ihr anerkannten Beerdigungskosten von 22 Fr. 75 Cts., an den Kläger eine Entschädigung von 500 Fr. (fünfhundert Franken) nebst Zins zu 5 % vom Tage des Unfalles (8. Oktober 1889) an zu bezahlen.

102. Urtheil vom 10. Oktober 1891 in Sachen Conti gegen von Gonzenbach.

A. Durch Urtheil vom 22. Juni 1891 hat das Obergericht des Kantons Zug erkannt:

Es sei unter Abweisung der Appellationsbeschwerden das kantonsgerichtliche Urtheil vom 21. Februar 1891 bestätigt.

Das erstinstanzliche Urtheil des Kantonsgerichtes Zug ging dahin: 1. Der Beklagte sei pflichtig, an den Kläger wegen Bruches des zwischen den Parteien den 7. Juni 1883 abgeschlossenen Vertrages 15,000 Fr. als Schadenersatz zu bezahlen, mit der Mehrforderung sei Kläger abgewiesen. 2. Die Widerklage sei abgewiesen.

B. Gegen das obergerichtliche Urtheil ergriffen beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Klägers, es sei, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils der Beklagte zu verurtheilen, dem Kläger wegen Bruches des zwischen den Parteien am 7. Juni 1883 abgeschlossenen Vertrages eine Entschädigung von 250,000 Fr. eventuell eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende Summe zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Anwalt des Beklagten trägt auf Abweisung der Klage an und beantragt widerklagsweise, es sei der Kläger zu einer Entschädigung von 60,000 Fr. an den Beklagten zu verurtheilen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Karl von Gonzenbach-Escher (wohnhaft in Buonas, Kantons Zug) war Kommanditär der Firma Escher-Wyß & Cie. in Zürich und gleichzeitig alleiniger Inhaber eines Geschäftes (einer mechanischen Werkstätte) in Ravensburg (Würtemberg), für welches er die Firma „Filialwerkstätte von Escher Wyß & Cie. zu Ravensburg" führte. Als Inhaber letztern Geschäfts, unter der Firma „Filialwerkstätte von Escher-Wyß & Cie. zu Ravensburg", schloß er am 7. Juni 1883 in Zürich mit dem in Paris wohnhaften Napoleon Conti einen Vertrag ab, wonach dem Conti für den Verkauf gewisser Fabrikate, die Vertretung des Geschäftes in

Frankreich übertragen wurde. In dem Vertrage war unter anderm bestimmt, daß die Fialialwerkstätte dem Conti einen Waarenstock im Werthe von ungefähr 20,000 Fr. « en gare Ravensbourg » zu liefern habe. Ueber die Vollziehung dieses Vertrages entstanden zwischen den Parteien sehr bald Differenzen, welche dazu führten, daß Conti beim Handelsgerichte des Seinedepartementes in Paris Klage gegen Gonzenbach-Escher auf Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz wegen Nichterfüllung erhob. Am 19. November 1884 erkannte dieses Gericht: 1. Innert einem Monate von der Mittheilung dieses Urtheils an gerechnet, hat Gonzenbach dem Conti den fraglichen Waarenstock zu liefern und zwar unter Verfällung in eine Entschädigung von 500 Fr. für jeden Tag der Verzögerung während dieser Frist von einem Monat, nach deren Ablauf zu Recht geschritten würde. 2. Ueberdieß hat Gonzenbach dem Conti die Summe von 10,000 Fr. als Schadenersatz zu bezahlen. Gonzenbach wird durch alle Rechtsmittel angehalten werden, obigem Richterspruch nachzukommen. 3. Mit seinen Mehrforderungen ist Conti abgewiesen. 4. Gonzenbach ist zur Bezahlung der Kosten verfällt. Gonzenbach-Escher versäumte die Appellationsfrist gegen dieses Urtheil und es wurde dasselbe, soweit es die gesprochene Entschädigung und Kosten anbelangt (gemäß den Entscheidungen des Bundesgerichtes vom 25. Februar 1887 und 30. September 1887, Amtliche Sammlung XIII, S. 22 ff. und 290 ff.) gegen Gonzenbach-Escher an seinem Wohnorte im Kanton Zug vollstreckt. Dagegen hat von Gonzenbach-Escher dem Conti den Waarenstock nicht geliefert, weder binnen der in Dispositiv 1 des Urtheils vorgesehenen Monatsfrist, noch später. Conti belangte daher den von Gonzenbach-Escher vor den zugerischen Gerichten auf eine Entschädigung von 250,000 Fr. wegen Bruches des Vertrages vom 7. Juni 1883. Der Beklagte bestritt die Forderung und machte seinerseits widerklagsweise eine Forderung von 60,000 Fr. geltend mit der Behauptung, Conti trage selbst die Schuld daran, daß der Vertrag nicht zur Ausführung gekommen sei.

2. In erster Linie muß geprüft werden, ob das Bundesgericht in der Sache kompetent ist. Dies hängt, da die übrigen Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz zweifellos zutreffen,

davon ab, ob schweizerisches oder aber ausländisches Recht anwendbar ist. Die Parteien gehen hierüber nicht einig. Der Kläger hat vor den kantonalen Instanzen und heute behauptet, das Rechtsverhältniß werde durch das französische Recht beherrscht, wogegen denn auch der Beklagte im frühern Prozesse vor dem Handelsgericht der Seine eine Einwendung gar nicht erhoben habe. Der Beklagte dagegen hat ausgeführt, es sei, da der Vertrag in Zürich abgeschlossen wurde und der Beklagte, um dessen Verpflichtung es sich handle, in der Schweiz domizilirt sei, schweizerisches Recht als Recht des Orts des Vertragsabschlusses und als Wohnortsrecht des Schuldners anwendbar; der Kläger habe übrigens Schadenersatz auch wegen tort moral verlangt. In dieser Richtung sei jedenfalls nach allgemein anerkannten Grundsätzen des internationalen Privatrechts, schweizerisches Recht anwendbar.

3. Wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, (siehe z. B. Entscheidungen, Amtliche Sammlung XVI, S. 795, Erw. 2) ist rücksichtlich der örtlichen Rechtsanwendung grundsätzlich festzuhalten, daß die der Parteiwillkür anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes nach demjenigen örtlichen Rechte zu beurtheilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als hiefür maßgebend entweder wirklich betrachten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger und billigerweise erwarten konnten und mußten. Hienach erscheint in casu die Anwendung des schweizerischen Rechts als ausgeschlossen. Allerdings ist der Vertrag wegen dessen Nichterfüllung geklagt wird in der Schweiz abgeschlossen worden und hat der Beklagte sein persönliches Domizil in der Schweiz. Allein nichtsdestoweniger erscheint es völlig ausgeschlossen, daß die Parteien für die Wirkungen des Vertrages schweizerisches Recht als maßgebend betrachtet haben oder vernünftiger und billigerweise haben betrachten können und müssen. Denn der Vertrag bezieht sich auf die Vertretung des deutschen Handelsetablissements des Beklagten in Frankreich. Er ist vom Beklagten nicht als in der Schweiz domizilirter Privatmann sondern als Inhaber einer deutschen Handlungsfirma abgeschlossen worden und war von ihm nicht von seinem persönlichen Domizile in der Schweiz sondern von seiner deutschen Handelsniederlassung in Ravensburg aus zu erfüllen. Die stipulirte

Thätigkeit des Klägers, als Vertreter des beklagtischen Hauses sodann sollte ihren Sitz ebenfalls nicht in der Schweiz sondern im Wohnortsstaate des Klägers, in Frankreich, haben. Das Geschäft war also normalerweise, nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien, durchaus außerhalb des schweizerischen Gebietes abzuwickeln. Der Vertrag ist überhaupt nicht zwischen einem schweizerischen Handlungshause und einem auswärtigen Geschäftsfreunde sondern zwischen einer deutschen Firma und ihrem französischen Vertreter abgeschlossen. Seine Wirkungen entziehen sich daher, trotz des zufälligen Umstandes, daß der Vertragsabschluß in der Schweiz stattfand, gemäß dem präsumtiven, vernünftigen Parteiwillen, der Herrschaft des schweizerischen Rechts. Es mag zweifelhaft sein, inwiefern in der Sache französisches Recht anwendbar sei (wovon übrigens in dem frühern Prozesse vor dem Handelsgerichte des Seinebezirks beide Parteien stillschweigend ausgingen) oder aber die deutsche Gesetzgebung zur Anwendung komme; die Anwendung schweizerischen Rechts ist unter allen Umständen ausgeschlossen. Wenn der Beklagte behauptet hat, schweizerisches Recht sei jedenfalls insoweit maßgebend als der Kläger Entschädigung für ein tort moral beanspruche, so ist auch dies nicht richtig. Denn dieser Anspruch des Klägers ist nicht als ein selbstständiger Deliksanspruch begründet worden, sondern wird lediglich als ein Bestandtheil der kontraktlichen Schadenersatzforderung geltend gemacht; er ist also nach dem Rechte zu beurtheilen, welchem diese untersteht.

4. Ist schweizerisches Recht nicht anwendbar, so ist das Bundesgericht gemäß Art. 29 O.-G. nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung beider Parteien wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Zug vom 22. Juni 1891 sein Bewenden.

103. Urtheil vom 16. Oktober 1891 in Sachen H. Hediger & Söhne gegen Hediger & Cie.

A. Durch Urtheil vom 13. Juni 1891 hat das Handelsgericht der Kantons Aargau erkannt:

1. Der Beklagten wird die Weiterführung folgender Marken untersagt: a. Esquisitos, b. Diana, c. Bahia.

2. Es ist die Vernichtung dieser drei Marken der Beklagten sowie der mit diesen Marken versehenen Verpackungen, Markenclichés und Litographiesteine vorzunehmen.

3. Die im Markenregister auf die Beklagte eingetragenen Marken Esquisitos, Diana und Bahia sind in demselben zu löschen.

4. Mit ihren weitern Begehren wird die Klägerin abgewiesen.

5. Ebenso wird die Beklagte mit ihrem Widerklagebegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem sie die Begehren anmeldete: Es seien den Klägern die sämmtlichen Klagebegehren zuzusprechen, das Begehren bezüglich des Türkenkopfes jedoch nur in dem Sinne, daß diese Marke allein für die unter b, c und d aufgeführten Marken nicht ein genügendes Unterscheidungszeichen bildet unter Kostenfolge, eventuell: Es sei eine Aktenvervollständigung anzuordnen und dabei außer den sonst vom Bundesgericht allfällig noch nöthig erfundenen Beweisen namentlich auch die Beweise bezüglich Schadenersatz zu erheben, unter Kostenfolge. Bei der heutigen Verhandlung hält ihr Vertreter diese Anträge aufrecht; die vor der kantonalen Instanz gestellten Begehren gingen dahin:

1. Es sei der Beklagten zu verbieten, ihre bisherige Firma Hediger & Cie. weiter zu führen, beziehungsweise vorzuschreiben, dieselbe deutlicher von der klägerischen Firma zu unterscheiden.

2. Es sei der Beklagten die Weiterführung folgender nachgeahmter Marken zu untersagen:

a. Der Marke Türkenkopf,
b. „ „ Flora,
c. „ „ Rio Grande,
d. „ „ Sonnadora,

e. Der Marke Esquisitos,
f. „ „ Diana,
g. „ „ Bahia,

wie die Marke a im Markenregister eingetragen und die Marken b—g in den Klagsbeilagen 51, 53, 57, 62, 64 und 68 enthalten sind.

3. Es sei der Klägerin als Schadenersatz für die Führung der nicht deutlich unterscheidbaren Firma und Nachahmung der im Begehren 2 aufgeführten Marken eine Summe von 15,000 Fr. (richterliche Feststellung vorbehalten) zuzusprechen.

4. Es sei die Vernichtung der in Begehren 2 aufgeführten Marken sowie der vorhandenen Verpackungen, der Markenclichés und allfällig auf Litographiesteinen vorhandenen Zeichnungen anzuordnen.

5. Es seien die angefochtenen Marken, soweit solche im Markenregister eingetragen sein sollten, in demselben zu löschen.

6. Es sei der Klägerin zu gestatten, das Urtheil in folgenden Schweizerblättern auf Kosten der Beklagten zu publiziren: a. „Schweizerisches Handelsamtsblatt," b. „Neue Zürcher Zeitung," c. „St. Galler Tagblatt," d. „Basler Nachrichten," e. „Bund," f. in einem von der Klägerin auszuwählenden Blatte der französischen Schweiz.

Der Anwalt der Beklagten trägt auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. R. Hediger-Strößler trat im Frühling 1889 nach 26jähriger Anstellung in dem Cigarrenfabrikationsgeschäfte H. Hediger & Söhne in Reinach aus diesem Hause aus und gründete im Herbst 1889 mit Samuel Erismann unter der Firma Hediger & Cie. am gleichen Orte ein Konkurrenzgeschäft. Im Dezember 1890 trat hierauf die Firma H. Hediger & Söhne gegen Hediger & Cie. klagend auf, indem sie die aus Fakt. B ersichtlichen Anträge stellte.

2. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent. Denn es ist eidgenössisches Recht anwendbar und der gesetzliche Streitwerth ist rücksichtlich der sämmtlichen Streitpunkte gegeben. Dies ist nicht bestritten und darf, nach der Gestaltung

der Parteianträge und der Natur der Streitsache, unbedenklich angenommen werden.

3. Die Frage, ob die beklagte Gesellschaft zu Führung der Firma Hediger & Cie. berechtigt sei, oder ob der Gebrauch dieser Firma einen Eingriff in das Firmenrecht der Klägerin involvire, ist ausschließlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Geschäftsfirmen (Art. 865 u. ff., speziell Art. 868 u. 876) zu beurtheilen und nicht, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, nach den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes. Freilich kann die Firmabezeichnung als Marke verwendet werden. Allein Firma, d. h. der Name, unter welchem ein Gewerbetreibender im Verkehr auftritt, insbesondere seine Geschäfte abschließt, und Marke, d. h. das auf der Waare selbst oder ihrer Verpackung angebrachte Herkunftszeichen, sind durchaus nicht identische Begriffe. Die Voraussetzungen der Entstehung des Rechts auf Gebrauch einer Firma und dessen Wirkungen sind, wie ja auch Art. 3 des eidgenössischen Markenschutzgesetzes vom 19. Dezember 1879 ausdrücklich ausspricht, nicht im Markenschutzgesetze sondern im Obligationenrechte geregelt. Nicht das Markenschutzgesetz sondern das Obligationenrecht entscheidet insbesondere darüber, inwiefern das Firmenrecht ein ausschließliches ist.

4. Nach Art. 868 O.-R. darf eine in dem Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte von keinem Andern als Firma benutzt werden, selbst dann nicht, wenn der neue Geschäftsinhaber denselben bürgerlichen Namen hat, mit welchem die ältere Firma bezeichnet wird. Der neue Geschäftsinhaber hat in einem solchen Falle seinem Namen in der Firma einen Zusatz beizufügen, durch welchen dieselbe deutlich von der ältern Firma unterschieden wird. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für Einzel- sondern auch für Gesellschaftsfirmen; das Gesetz erkennt, wie auch aus Art. 876 sich ergibt, die Ausschließlichkeit der Firma sowohl für Gesellschafts- als für Einzelfirmen an und postulirt gleichmäßig für Gesellschafts- wie für Einzelfirmen, daß eine neue Firma von einer am gleichen Orte bereits bestehenden eingetragenen Firma sich deutlich unterscheiden müsse. Es muß sich daher fragen, ob die Firma der Beklagten von derjenigen der Klägerin sich deutlich unterscheide. Als deutlich erscheint eine Unterscheidung, welche bei

Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt erkennbar ist. Nun ist es allgemein bekannt, daß häufig mehrere Personen am gleichen Orte den gleichen Namen führen und daß daher Firmen, welche unter Benutzung dieses Namens gebildet werden, sich nur durch verhältnißmäßig geringfügige Abweichungen (Aufnahme oder Weglassung von Vornamen oder Initialen, Verschiedenheit oder verschiedene Reihenfolge von solchen u. dergl.) zu unterscheiden pflegen. Es ist ferner kaufmännische Sitte, die Firma genau so (mit oder ohne Vornamen oder Initialen, mit der nämlichen Reihenfolge von Vornamen und Initialen u. dergl.) zu gebrauchen, wie sie vom Begründer angenommen und eingetragen worden ist. Daher ist zu deutlicher Unterscheidung zweier Firmen schon eine verhältnißmäßig kleine Verschiedenheit hinreichend. Denn es ist eben verkehrsüblich, beim Gebrauche einer Firma und beim Kontrahiren mit einer solchen mit Genauigkeit zu verfahren, so daß auch eine verhältnißmäßig geringfügige Verschiedenheit regelmäßig der Beachtung nicht entgeht. Es bedarf zur Unterscheidbarkeit von Firmen nicht so augenfälliger Unterscheidungsmerkmale, wie zu derjenigen von Waarenzeichen. Denn die Firma, der Name, unter welchen ein Gewerbetreibender im Verkehr auftritt, pflegt von denjenigen, welche mit ihr in Verkehr treten wollen, genauer geprüft zu werden als das Waarenzeichen vom Publikum, für welches dasselbe bestimmt ist. Es ist denn auch nicht zu übersehen, daß die Vorschrift des Art. 868 in ganz gleicher Weise gilt, mag es sich nun um die Firmen von Gewerbetreibenden handeln, welche den gleichen oder aber ganz verschiedene Geschäftszweige betreiben, wie ja überhaupt die Firma nicht das Geschäft sondern den Geschäftsinhaber bezeichnet. Hievon ausgegangen, erscheint die Unterscheidung zwischen der Firma der beklagten und der klägerischen Partei als genügend. Die beiden Firmen H. Hediger & Söhne einerseits und Hediger & Cie. andrerseits haben nur den Familiennamen Hediger mit einander gemein, unterscheiden sich dagegen dadurch, daß die klägerische Firma dazu noch die bei der Beklagten mangelnden Initialen eines Vornamens enthält, sowie durch die Bezeichnung des Gesellschaftsverhältnisses mit „und Söhne" einerseits und „& Cie." andrerseits. Diese Unterscheidung ist eine deutliche, welche bei der im kaufmännischen

Verkehr üblichen Aufmerksamkeit nicht leicht übersehen werden kann; denn, wie bemerkt, pflegt im kaufmännischen Verkehr auf die Firma genauer geachtet und nicht etwa nur auf die darin vorkommenden Familiennamen gesehen zu werden. Freilich steht im vorliegenden Falle fest, daß einige Verwechslungen zwischen den Firmen der beiden Parteien stattgefunden haben. Allein diese Verwechslungen sind doch verhältnißmäßig, im Verhältniß zu dem ausgedehnten Geschäftsverkehr beider Parteien, sehr wenig zahlreich; sie beweisen daher nicht, daß die beiden Firmen bei Aufwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt nicht leicht unterschieden werden, sondern nur, daß es in einigen wenigen Einzelfällen an dieser Sorgfalt gefehlt hat. Soweit daher die Klage eine Verletzung des Firmenrechts der Klägerin behauptet, ist dieselbe unbegründet.

5. Von den angefochtenen Fabrikmarken liegen, nach der Gestaltung der Parteianträge in der bundesgerichtlichen Instanz, nur noch die Marken Rio Grande, Flora und Sonnadora im Streit. In Betreff der beiden ersten Marken Rio Grande und Flora muß es bei der klageabweisenden Entscheidung der Vorinstanz ohne weiters sein Bewenden haben. Denn die Vorinstanz führt aus: Die Ausdrücke Flora und Rio Grande bezeichnen spezielle Cigarrensorten, welche von allen im Wynen- und Seethale existirenden Cigarrenfabrikationsgeschäften fabrizirt und in den Handel gebracht werden, und zwar in ganz ähnlicher Verpackung, welche gleichsam als Gemeingut der Fabrikationsgeschäfte der fraglichen Gegend betrachtet werden könne. Weder das Fabrikat selbst noch seine Bezeichnung oder die dafür gebrauchten Etiquetten beziehungsweise Waarenzeichen seien das Verdienst der Klägerin. Diese habe vielmehr selbst alles von andern Firmen entlehnt; sie sei selbst blos Nachahmerin. Nach diesen Feststellungen ist der Beweis erbracht, daß die Klägerin nicht der erste Benutzer der streitigen Zeichen oder dessen Rechtsnachfolger ist, sondern dieselben ihrerseits Dritten nachgeahmt hat. Sie ist somit nach den Grundsätzen des Markenschutzgesetzes nicht der wahre Berechtigte; es steht ihr ein Zeichenrecht mit Bezug auf diese Marken nicht zu. Ihr Gebrauch ist vielmehr entweder selbst ein widerrechtlicher, oder dann beruht er doch jedenfalls nicht auf einem ausschließlichen Rechte

sondern lediglich darauf, daß die Zeichen zufolge ihres allgemeinen Gebrauchs in den betreffenden Geschäftsbranchen Freizeichen geworden sind. Anders verhält es sich dagegen mit der Marke Sonnadora. Hier steht fest, daß die Priorität des Gebrauchs der Klägerin zukommt und es liegt nichts dafür vor, daß ihr Gebrauch dieser Marke auf bloßer Nachahmung beruht. Sie muß daher als der wahre Berechtigte anerkannt werden (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Schürch & Cie. gegen Schürch & Blohorn, Amtliche Sammlung XVII, S. 262). Der Umstand, daß der Beklagten die Priorität des Eintrages zur Seite steht, ist, nachdem die Klägerin die daraus für die Beklagte sich ergebende Rechtsvermuthung durch den Nachweis ihres ältern Gebrauchs entkräftet hat, nach den unzweideutigen Grundsätzen des Gesetzes (Art. 5 des Gesetzes vom 19. Dezember 1879) und feststehender Praxis unerheblich. Es handelt sich auch, was die Beklagte zu Unrecht bestritten hat, um ein schutzfähiges, aus figurativen Bestandtheilen einerseits, und Buchstaben respektive Worten andrerseits zusammengesetztes kombinirtes Waarenzeichen. Die Anfechtung des beklagtischen Zeichens durch die Klägerin ist also dann begründet, wenn die beiden Zeichen sich derart ähnlich sind, daß sie von dem kaufenden Publikum leicht mit einander verwechselt werden können. Dies ist, in Abweichung von der Vorinstanz, zu bejahen. Letztere stellt, indem sie eine Reihe einzelner Unterscheidungen aufzählt, darauf ab, die beiden Zeichen seien nicht identisch. Dies ist nun zwar richtig, allein nicht entscheidend. Es kommt vielmehr, wie das Bundesgericht schon häufig ausgesprochen hat, darauf an, ob das Gesammtbild der beiden Zeichen derart verschieden ist, daß sie geeignet sind, im Gedächtnisse des Abnehmers ein verschiedenes Bild zurückzulassen, sich als zwei verschiedene Zeichen dem Gedächtnisse zu präsentiren. Dies ist aber hier nicht der Fall. Freilich findet sich auf der Marke der Beklagten statt des klägerischen Negerkopfes ein Türkenkopf und hat die Beklagte die auf der klägerischen Marke sich findende Medaille mit der Ueberschrift Diplom Zürich 1883 weggelassen respektive durch einen schraffirten Kreis mit der Inschrift Cigarren ersetzt und weichen auch die sonstigen figurativen und wörtlichen Bestandtheile des Zeichens in Einzelheiten von einander ab.

Allein diese Verschiedenheiten sind keine sehr augenfälligen und es ist nun, wie die Bezeichnung Sonnadora die gleiche ist, so auch die Anordnung der beiden Zeichen eine durchaus ähnliche. Die in den Details freilich von einander abweichenden Bestandtheile der Zeichen sind in ganz ähnlicher Weise gruppirt. Dies hat zur Folge, daß die Verschiedenheiten der Details zurücktreten und das Gesammtbild der beiden Zeichen ein derart ähnliches wird, daß dieselben im Verkehr leicht verwechselt werden können, um so mehr als die auf beiden Marken sich findende Firmabezeichnung eine ähnliche ist.

6. Was die Schadenersatzforderung der Klägerin anbelangt, so ist eine Schadenersatzpflicht der Beklagten insoweit prinzipiell begründet, als es sich um Schaden handelt, welcher durch Gebrauch der für unzuläßig erklärten Waarenzeichen (Sonnadora, Esquisitos, Diana, Bahia) seit dem Eintrage dieser Marken für die Klägerin entstanden sein sollte. Die Vorinstanz hat ausgeführt, nachdem die Beklagte der Klägerin in der Hinterlegung dieser Marken zuvorgekommen sei, könne sie für deren Gebrauch bis zum Urtheil nicht für schadenersatzpflichtig erklärt werden. Denn bis dahin, d. h. bis zu der durch das Urtheil geschehenen Widerlegung der zu Gunsten des ersten Hinterlegers sprechenden Vermuthung habe der Anspruch auf gerichtlichen Schutz für diese Marken der Beklagten zugestanden. Diese Anschauung ist rechtsirrthümlich. Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Vaissier vom 25. April 1890 (Amtliche Sammlung XVI, S. 298 Erw. 2) ausgesprochen hat, erwirbt der wahre Berechtigte durch den Eintrag seines Zeichens den civil- und strafrechtlichen Schutz gegen alle zukünftigen Verletzungen seines Rechts, mögen nun die Nachahmer ihr nachgeahmtes Zeichen ebenfalls, vor oder nach ihm, haben eintragen lassen oder nicht. Der Eintrag eines nachgeahmten Zeichens zu Gunsten des Nachahmers begründet für diesen keinerlei Recht auf dessen Gebrauch; die Priorität der Hinterlegung hat blos die Folge, daß für den ersten Hinterleger die Rechtsvermuthung spricht, er sei der wahre Berechtigte; diese Rechtsvermuthung aber kann durch Gegenbeweis beseitigt werden und sofern dies geschieht, so haftet auch der erste Hinterleger gleich jedem andern Nachahmer

für die von ihm seit dem Eintrage des Zeichens für den wahren Berechtigten begangenen Markenrechtsverletzungen. Allein wenn dem auch so ist, so kann doch die Schadenersatzforderung der Klägerin nicht gutgeheißen werden. Denn es mangelt an jedem Nachweis dafür, daß durch seit dem Eintrage der klägerischen Zeichen von der Beklagten begangene Markenrechtsverletzungen ein Schaden wirklich entstanden ist. Es sind auch vor der kantonalen Instanz keine dahin zielenden Beweisanträge festgehalten und von letzterer verworfen worden, so daß eine Aktenvervollständigung nicht angeordnet werden kann. Von Anordnung einer Publikation des Urtheils welche der Richter nach Art. 22 des Markenschutzgesetzes zu verfügen berechtigt aber nicht verpflichtet ist, ist Umgang zu nehmen. Denn es liegt nichts dafür vor, daß diese Publikation in casu zu Sicherung der Rechte der Klägerin gegen künftige Verletzungen oder zur Ausgleichung bereits eingetretener Nachtheile nöthig wäre.

7. Wenn die Klägerin verschiedentlich noch darauf abgestellt hat, es werde ihr von der Beklagten eine unredliche Konkurrenz gemacht, da die Beklagte unter anderm danach gestrebt habe, den Glauben zu verbreiten, das klägerische Haus bestehe nach dem Ausscheiden des Hediger-Strößler nicht mehr oder sei doch nicht mehr leistungsfähig u. dergl., so ermangelt diese Behauptung, nach den Feststellungen der Vorinstanz, der thatsächlichen Begründung; es ist also die Beklagte auch nicht etwa zu einer Entschädigungsforderung aus Art. 50 u. f. O.-R. berechtigt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird dahin für begründet erklärt, daß der Beklagten auch die Weiterführnng der Marke Sonnadora untersagt, die Löschung dieser Marke im Markenregister und die Vernichtung derselben sowie der mit ihr versehenen Verpackungen, Markenclichés und die Litographiesteine angeordnet wird; im Uebrigen hat es in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Aargau sein Bewenden.

104. *Arrêt du 6 Novembre 1891, dans la cause Favre-Jacot contre Jacot-Matile.*

Par jugement en date du 22 Juin 1891, le Tribunal cantonal de Neuchâtel, statuant en la cause pendante entre parties, a prononcé ce qui suit :

La demande est déclarée bien fondée.

G. Favre-Jacot doit payer au demandeur :

1° La somme de 44 803 fr. 50 cent. pour solde des tantièmes qu'il lui doit ;

2° Les intérêts au taux du 5 % l'an de cette somme dès le jour de la signification de la demande.

Par acte du 2 Septembre 1891, G. Favre-Jacot a déclaré recourir au Tribunal fédéral contre le jugement susmentionné, et, à l'audience de ce jour, il a conclu à ce qu'il plaise à ce Tribunal :

I. Déclarer bien fondé le recours et en conséquence réformer le dit jugement et débouter le demandeur de toutes les conclusions de son action.

Le condamner aux frais et dépens.

II. Eventuellement et pour le cas où le Tribunal fédéral admettrait en principe la réclamation de F. Jacot-Matile, prononcer que la demande est bien fondée pour la somme de 22 928 fr. 50 cent., la déclarer mal fondée pour le surplus.

F. Jacot-Matile a conclu au rejet du recours et au maintien du jugement attaqué.

Interpellé par M. le juge délégué sur la question de savoir si le recourant reconnaît en fait avoir promis à Jacot-Matile de lui payer 12 500 francs par an à titre de tantièmes, pour le cautionnement de 250 000 francs consenti par ce dernier en sa faveur auprès de la Banque du Locle, le conseil de G. Favre-Jacot déclare se référer, sur ce point, aux pièces du dossier.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Le 16 Avril 1886, F. Jacot-Matile, propriétaire au Locle, a consenti à se constituer codébiteur avec G. Favre-Jacot, fabricant d'horlogerie au Locle, envers la Banque du Locle, pour garantir à cette dernière le remboursement des avances qu'elle avait faites ou ferait à G. Favre-Jacot jusqu'à concurrence d'une somme de 250 000 francs en capital, ainsi que des intérêts et autres accessoires légitimes. Cet engagement était pris pour un temps indéterminé, jusqu'à ce que la Banque du Locle soit rentrée intégralement dans les avances faites par elle.

Indépendamment de cette garantie, Jacot-Matile versa à Favre-Jacot du 24 Février au 9 Avril 1887 à titre de prêt, trois sommes formant ensemble 50 000 francs. Enfin il consentit à endosser des valeurs pour 50 000 francs que Favre-Jacot escompta au Crédit foncier, et dont il profita seul. Le montant des garanties et prêts consentis par F. Jacot-Matile au profit de Favre-Jacot s'élevait ainsi, au commencement de l'année 1887, à la somme de 350 000 francs.

En compensation des engagements pris par Jacot-Matile au profit de Favre-Jacot, celui-ci s'obligea, au dire de Jacot-Matile, à payer à ce dernier un tantième annuel de 5 %, sur la somme de 250 000 francs, montant de la garantie donnée à la Banque du Locle.

Cette obligation, que le demandeur Jacot-Matile dit avoir été prise, dans l'origine, verbalement par Favre-Jacot, se trouve confirmée pour la première fois dans un compte courant dressé et signé par le défendeur le 30 Juin 1887 et dans lequel on lit : « Juin 30, 12 500 francs, tantième convenu sur 250 000 » francs sans intérêt au 30 Avril, etc. »

Au commencement de 1888, soit le 15 Février, Favre-Jacot communiqua à Jacot-Matile son compte courant arrêté au 31 Décembre 1887, et comprenant, au « doit » deux factures dues à Favre-Jacot par Jacot-Matile, et « à l'avoir » les deux postes suivants :

87 Avril 30	Tantième	au 30 Avril 1887	Fr.	12 500 —
Décembre 31	»	au 31 Décembre 1887	»	8 333 30

Par lettre du 16 Février 1888, Jacot-Matile écrit à Favre-Jacot qu'il n'est pas tout à fait d'accord avec ce compte en ce sens qu'il dénie que ce dernier lui fasse deux comptes courants, l'un avec intérêts pour les sommes versées et retirées, l'autre sans intérêts où devront figurer les tantièmes et les factures de ce que Favre-Jacot lui fournit.

Par lettre du 20 Février même année, Favre-Jacot retourne à Jacot-Matile le compte courant régularisé suivant son désir, et bouclant au profit de ce dernier par 18 761 fr. 80 c.

Le 3 Août 1888, Favre-Jacot communique de nouveau à Jacot-Matile le compte courant arrêté au 30 Juin précédent ; ce compte mentionne le « tantième 5 % sur 250 000 francs du 31 Décembre 1887 au 30 Avril 1888, » et boucle en faveur de Jacot-Matile par 22 928 fr. 50 c.

Peu après, des difficultés paraissent avoir surgi entre parties ; sous date du 24 Novembre 1888, Jacot-Matile écrit à Favre-Jacot :

« D'après tout ce qui se passe, vous avez compris que nos » relations ne peuvent plus exister et qu'il faut régler nos » comptes dans le plus bref délai possible. Veuillez me » faire savoir au plus vite combien vous supposez qu'il vous » faut de temps pour me remplacer complètement tant pour » les garanties que pour les comptes courants ; il me paraît » que le temps réglementaire de trois mois à partir d'aujour- » d'hui est suffisant. »

Par lettre du 14 Janvier 1889, l'avocat Jeanneret, au nom de Favre-Jacot, répond à Jacot-Matile que son client demande une année pour se libérer entièrement ; qu'il ressort de la correspondance postérieure entre parties au sujet des travaux entrepris par Favre pour le compte de Jacot-Matile, que Favre est créancier de ce dernier de la somme de 16 503 fr. 50 c. ; que comme il reste dans la circulation aux échéances des 5 et 20 Février 1891, deux billets endossés par Jacot-Matile en faveur de Favre, celui-ci propose à Jacot-Matile deux solutions : ou bien de verser à valoir sur ces billets la somme due à Favre pour ses travaux, auquel cas Favre verserait le solde, de manière à ce que ces effets de change

soient complètement éteints; ou bien, si Jacot-Matile le préfère, Favre demande que le dit Jacot-Matile porte la dite somme de 16 503 fr. 50 c. en déduction du prêt espèces de cinquante mille francs qu'il a fait à Favre.

Le lendemain Jacot-Matile répond que les comptes entre parties sont simples; qu'il a porté les notes de Favre-Jacot à l'avoir de son compte courant de tantièmes et de factures, sans intérêts, ainsi qu'il avait été convenn par les lettres des 16 et 20 Fevrier susvisées; qu'il attend ainsi ses comptes courants, avant tout, et qu'après vérification, il répondra aux autres questions.

Par lettre du 23 dit, l'avocat Jeanneret conteste que les lettres des 16 et 20 Février aient cette portée; il constate que d'après la correspondance des parties, Jacot-Matile redoit à Favre 16 503 fr. 50 c.; il ajoute que Favre entend que Jacot-Matile impute cette somme, soit en déduction des billets dus au Crédit foncier, soit en déduction de la créance de 54 823 fr. 10 c. que Favre doit à Matile en capital et intérêts au 31 Décembre 1888.

Le 28 Janvier 1889, Jacot-Matile avise G. Favre que lorsqu'il aura reçu de lui son compte courant à intérêts, et le compte courant tantièmes sans intérêts, les deux bouclés au 31 Décembre 1888 et signés comme d'habitude, il répondra à la lettre de l'avocat Jeanneret.

Le 2 Février suivant, l'avocat Jeanneret avise Jacot-Matile : *a*) que Favre-Jacot réglera au Crédit foncier les deux billets à ordre endossés par Jacot-Matile aux échéances des 5 et 20 dit, ensemble de 20 000 francs, ensorte que ce dernier sera libéré de sa signature; *b*) que du compte courant inclus, il résulte que Favre a porté au débit de Jacot-Matile la somme susindiquée, de 16 503 fr. 50 c., ensorte que Favre redoit à Jacot-Matile au 31 Décembre 1888 la somme de 38 319 fr. 60 c.

Le 13 Février 1889, l'avocat Jeanneret confirme à Jacot-Matile qu'il est libéré de sa signature comme endosseur; il ajoute qu'il ne reste plus comme prêt fait par Jacot-Matile à Favre que les 38 319 fr. 60 c. ci-dessus; qu'en outre de ce

prêt, il n'existe que la signature de Jacot-Matile comme garant du crédit à la Banque du Locle, et que si après le règlement de ces deux affaires, il est dû à Jacot-Matile quoi que ce soit sous la dénomination « de tantième », Favre s'en libérera sans aucun doute plus tard.

Par lettre du 1er Mai suivant à l'avocat Jeanneret, Jacot-Matile demande que le compte courant à intérêts au 31 Décembre 1888 soit rectifié dans ce sens que le poste de 16 503 fr. 50 c. disparaisse de son débit, pour figurer seulement dans le prochain compte de tantièmes, qui sera arrêté au 30 Juin 1889.

Par lettre du 17 dit, l'avocat Jeanneret répond que G. Favre ne peut consentir à aucune modification de son compte.

Par lettre du 5 Février 1890, l'avocat Jeanneret, au nom de G. Favre, fait parvenir à Jacot-Matile :

a) L'acte de garantie, soit cautionnement du 16 Avril 1888, souscrit par ce dernier auprès de la Banque du Locle pour garantir à G. Favre-Jacot un crédit de 250 000 francs, en faisant observer qu'ensuite de la restitution qui est faite à Jacot-Matile de sa signature, celui-ci est maintenant libéré de tout engagement pour G. Favre envers la Banque du Locle ;

b) Trois relevés de compte courant au 31 Décembre 1889, 31 Janvier et 4 Février 1890, à teneur desquels Favre-Jacot redoit à Jacot-Matile 40 452 fr. 85 c. ;

c) Un bon ou chèque sur la Banque du Locle de même somme, au moyen de quoi Favre déclare balancer son compte avec Jacot-Matile à titre définitif.

Par lettre du 7 Février 1890 Jacot-Matile déclare accepter la somme de 40 452 fr. 85 c., à titre de remboursement du compte courant avec intérêts, mais il fait observer qu'il a encore droit au remboursement du compte de tantièmes, s'élevant à 44 803 fr. 50 c., et s'établissant comme suit :

a) Solde au 30 Juin 1888, tantièmes calculés à raison de 5 % sur 250 000 francs, du 30 Avril 1886, au 30 Avril 1888,

après déduction de deux factures de G. Favre	Fr.	22 920 50
b) Tantièmes du 30 Avril 1888 au 30 Avril 1889	»	12 500 —
c) Tantièmes du 30 Avril 1889 au 31 Janvier 1890	»	9 375 —
Soit ensemble . . .	Fr.	44 803 50

Jacot-Martile réclama le remboursement immédiat de cette somme, après paiement de laquelle il pourra seulement donner quittance pour solde à G. Favre.

Cette réclamation étant restée sans réponse, ainsi que trois recharges des 21 Février, 13 Mars et 6 Mai 1890, Jacot-Matile, par demande du 18 Novembre suivant, a ouvert action à G. Favre-Jacot, devant le Tribunal civil du Locle, concluant à ce qu'il plaise au Tribunal condamner Favre-Jacot à payer au demandeur : 1° la somme principale de 44 803 fr. 50 c., pour solde des tantièmes qu'il lui doit ; 2° les intérêts au taux du 5 % l'an de la dite somme dès le jour de la signification de la demande ; 3° les frais et dépens du procès.

A l'appui de ses conclusions, le demandeur a fait valoir en résumé :

Il est intervenu entre les parties une convention aux termes de laquelle le demandeur a consenti, d'une part, à procurer des avantages au défendeur, d'autre part, à courir des risques, au profit de ce dernier. En compensation le défendeur s'est obligé à accorder au demandeur un bénéfice (tantième) annuel du 5 % sur un capital de 250 000 francs. Cette convention doit sortir tous ses effets, puisque aucune résiliation n'a eu lieu jusqu'au moment de la restitution de l'acte de garantie.

Dans sa réponse, du 13 Janvier 1891, Favre-Jacot conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

1° Déclarer le demandeur F. Jacot-Matile mal fondé dans toutes les conclusions de son action et l'en débouter.

2° Le condamner aux frais et dépens de l'instance.

Le défendeur cherche à justifier, en substance, ses conclusions comme suit :

En ce qui concerne la réclamation des tantièmes, il n'existe pas de cause d'une obligation qui serait de nature à créer un lien de droit entre les parties et à donner ouverture à une action devant les tribunaux ; l'acte de cautionnement du 16 Avril 1886 ne renferme aucune clause spéciale en faveur de la caution. S'il en était ainsi que l'allègue le demandeur, le prétendu engagement de G. Favre serait un contrat accessoire de l'acte de cautionnement, soumis au même sort que cet acte et devant, comme cet acte, pour être valable, être fait en la forme écrite (C. O. art. 11 et 491) ; mais il n'existe aucun contrat écrit qui aurait assuré au demandeur, à raison du cautionnement, un tantième annuel : donc le demandeur ne peut pas baser sa réclamation sur l'acte du 16 Avril 1886.

Le demandeur n'a pas prêté cette somme de 250 000 francs au défendeur, et il ne l'a pas versée à la Banque du Locle. Il ne peut donc pas en réclamer le 5 % d'intérêt par an, soit une somme annuelle de 12 500 francs ; ce serait, vu l'intérêt déjà dû à la Banque du Locle, de l'usure.

En outre, un bénéfice, avantage ou tantième ne pourrait être reconnu à Jacot-Matile que si celui-ci avait eu la qualité d'associé de Georges Favre; or Jacot-Matile n'a jamais été associé au défendeur, ni en nom collectif, ni comme commanditaire (bailleur de fonds).

Les dispositions du C. O. sur les contrats à titre onéreux ne peuvent donc pas être appliquées à la demande de Jacot-Matile. Admettre la réclamation de celui-ci serait consacrer un enrichissement illégitime interdit par la loi (C. O. art. 70 et suivants). Si l'on voulait considérer la somme réclamée comme ayant fait l'objet d'une donation entre vifs, l'exécution ne pourrait en être exigée en justice, car elle n'a pas été faite par-devant notaire dans les formes légales (voir C. c. neuchâtelois, art. 670).

Enfin si le défendeur a versé à titre gratuit comme don volontaire une somme de 2071 fr. 50 c., il n'en résulte pas qu'il puisse être contraint, par jugement, à continuer à faire au demandeur des dons annuels.

Par jugement du 22 Juin 1891, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a statué comme il a été dit plus haut, par les motifs dont suit la substance :

L'existence de la convention entre parties, relative aux tantièmes, résulte des faits et pièces du procès, en particulier du compte courant signé par le défendeur le 30 Juin 1887, portant la mention « *tantième convenu* sur 250 000 fr., » etc., des lettres échangées entre parties les 16 et 20 Février 1888, et des comptes courants N°s 8 et 9 au dossier, dressés selon le vœu du demandeur. Cette convention n'était pas sans cause, ni contraire aux prescriptions de l'art. 17, C. O. Elle constitue un contrat innommé, auquel la loi accorde également sa sanction, et ne contient point une stipulation usuraire, puisque la prestation d'un tantième de 5 % ne résulte pas d'un contrat de prêt, qu'elle ne dépasse pas l'intérêt légal et se trouve stipulée dans une convention indépendante, pas plus qu'elle ne donne lieu à un enrichissement illégitime, puisque le contrat a une cause légitime, à savoir la compensation pour risques courus. La forme écrite n'était pas nécessaire pour cette convention, attendu que cet engagement spécial ne modifie pas l'acte de garantie du 16 Avril 1886 ; quant à sa durée, elle ne devait prendre fin qu'après le retrait de la garantie relative aux 250 000 francs. Il y a lieu en conséquence d'admettre le compte des tantièmes tel qu'il a été établi par Jacot-Matile dans sa demande.

C'est contre ce jugement que Favre-Jacot recourt au Tribunal fédéral, concluant ainsi qu'il a été dit plus haut.

En droit :

2° La compétence du Tribunal fédéral est incontestable en l'espèce, au regard des dispositions de l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, et elle n'a été révoquée en doute d'aucune part. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

3° Au fond la seule question que soulève l'espèce, — tous autres comptes ayant été réglés entre parties, — est celle de savoir si le demandeur est en droit d'exiger du défendeur le paiement de 5 % de la somme de 250 000 francs pour le

temps durant lequel le demandeur avait garanti, soit cautionné, à la Banque du Locle, la dite somme en faveur de G. Favre-Jacot.

A cet égard, il y a lieu de rechercher d'abord si une convention a été conclue entre parties de ce chef. Bien que celles-ci ne se soient pas exprimées clairement sur ce point, le Tribunal cantonal a constaté, de la manière la plus expresse, qu'il a existé entre les parties une convention par laquelle, en compensation des risques que pouvait courir le demandeur ensuite de la garantie donnée par lui à la Banque du Locle et des avantages que cette garantie pouvait procurer au défendeur, celui-ci paierait au demandeur un tantième de 5 % sur la somme de 250 000 francs.

Cette appréciation de fait, relative à la constatation de l'intention des parties, lie le Tribunal de céans, aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, dès l'instant où elle n'apparaît pas comme impliquant une erreur de droit, ce qui n'est point le cas. On ne saurait considérer, en effet, comme une erreur de droit le fait que le Tribunal, en se fondant sur les faits constatés dans son jugement, en a conclu l'existence de la convention relative aux tantièmes, sans laquelle l'attitude du défendeur et les pièces émanées de lui demeuraient sans explication plausible.

4° C'est également à tort que le défendeur estime que la convention relative aux tantièmes devait, à peine de nullité, revêtir la même forme écrite que celle à laquelle l'art. 491, C. O. astreint le contrat de cautionnement.

Cette convention n'avait, en effet, point pour effet de modifier en quoi que ce soit l'acte de garantie, soit de cautionnement, du 16 Avril 1886; elle constitue un contrat spécial, né, il est vrai, à l'occasion et comme conséquence du dit contrat de cautionnement, mais entièrement indépendant de ce dernier, auquel il n'est point incorporé; il est d'ailleurs conclu entre des parties différentes, c'est-à-dire entre la caution et le débiteur, tandis que le cautionnement l'est entre le créancier et la caution; les formes légales du contrat de cautionnement ne lui étaient dès lors pas applicables.

5° C'est en vain que, pour échapper aux conséquences de son engagement, le défendeur allègue qu'il n'existe pas, entre lui et Jacot-Matile, de cause d'une obligation qui serait de nature à créer un lien de droit entre les parties et à donner ouverture à une action devant les tribunaux.

Si le défendeur veut simplement contester, par là, l'existence de tout lien de droit entre lui et sa partie adverse en ce qui concerne la stipulation relative aux tantièmes, cette contestation est sans valeur en présence des constatations du Tribunal cantonal, qui, ainsi qu'il vient d'être dit, admet à juste titre l'existence d'un contrat de ce chef ; si au contraire le moyen susrappelé tend à exciper de l'absence de l'indication d'une *causa debendi* déterminée, il tombe également en présence de l'art. 15, C. O., statuant que la reconnaissance d'une dette est valable, encore que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée.

6° Dans cette situation, le contrat intervenu entre les parties ne pourrait être attaqué que pour un des motifs énumérés à l'art. 17 du même Code. Or il ne saurait être prétendu qu'il ait pour objet une prestation impossible, ni une chose illicite ou contraire aux bonnes mœurs.

Aucune disposition légale ne prohibe, en effet, la stipulation en faveur de la caution qui s'engage pour un tiers, de certains avantages pécuniaires en compensation du risque assumé par cet engagement. Dans le cas particulier le demandeur avait garanti, à la Banque du Locle, un crédit de 250 000 francs en faveur de Favre-Jacot: Jacot-Matile pouvait, selon les circonstances, être ainsi appelé à faire, ensuite de ce cautionnement, un sacrifice pécuniaire très important.

En présence de cet aléa considérable, le consentement du défendeur de payer au demandeur le 5 % de la somme garantie, ne peut être considéré comme une convention ayant pour objet une cause proscrite par la morale, ou non permise par la loi.

7° Les autres moyens présentés en réponse sont tout aussi peu fondés.

La question de savoir si la convention touchant les tantiè-

mes est une stipulation usuraire, échappe à la compétence du Tribunal fédéral, l'art. 83, al. 2, C. O. renvoyant à la législation cantonale d'édicter des dispositions contre les abus en matière d'intérêt conventionnel. De plus, la convention relative aux tantièmes ayant, comme il a été démontré, une cause légitime, soit la stipulation d'une compensation pécuniaire pour les risques courus par le demandeur ensuite de son cautionnement, elle ne saurait donner lieu, ainsi que le prétend le défendeur, à un enrichissement illégitime (art. 70 ss. C. O.).

Enfin c'est sans le moindre fondement que le défendeur voudrait assimiler la stipulation litigieuse à une donation entre vifs, matière ne rentrant pas, du reste, dans la compétence du Tribunal de céans (C. O. art. 10); cette convention se caractérise évidemment comme un des contrats innommés résultant des art. 1 et suivants du dit Code.

8° Quant à la durée de l'engagement relatif aux tantièmes, il ressort de tout ce qui précède qu'il ne devait prendre fin qu'après le retrait de la garantie donnée à la Banque du Locle; équivalent valablement stipulé pour les risques inséparables de ce cautionnement, le paiement du tantième convenu est dû pour tout le temps où ce cautionnement est demeuré en vigueur; en d'autres termes, la compensation consentie par Favre-Jacot comme contre-prestation pour la garantie fournie par Jacot-Matile, doit être payée pour la période entière de cette garantie. Peu importe, à cet égard, que le défendeur ait cessé, à partir du 30 Avril 1888, de porter ces tantièmes en compte : il ne saurait se retrancher derrière cette omission, volontaire ou non, pour échapper à ses engagements, et cela d'autant moins que dans sa lettre du 13 Avril 1889, il reconnaissait expressément, par l'intermédiaire de son avocat, que s'il reste devoir à Jacot-Matile « quoi que ce soit à titre de tantièmes, il s'en libérera sans doute plus tard, aussitôt que les autres questions pendantes entre parties seront régularisées. » Conformément au compte établi dans le jugement cantonal, la somme redue par Favre à Jacot-Matile pour tantièmes, dès le 30 Avril

1886 au 1er Février 1890, s'élève à 44 803 fr. 50 c., somme que le dit Favre doit payer au demandeur.

Il s'ensuit que la conclusion subsidiaire du défendeur doit aussi être repoussée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, le 22 Juin 1891, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

---

105. *Arrêt du 7 Novembre 1891, dans la cause Robin contre Semsales.*

Le 19 Mai et le 19 Juillet 1884, Jean Grand, secrétaire communal à Semsales, et les membres du Conseil communal du dit lieu déposèrent à la préfecture de la Veveyse une plainte pénale contre Martin Perrin, ancien secrétaire communal, l'accusant d'avoir détourné et de garder illégalement un registre renfermant les comptes relatifs à l'administration des routes, registre qui était propriété communale.

A l'audience du tribunal de la Veveyse du 9 Août suivant, le prévenu Perrin obtint qu'une visite domiciliaire soit faite à Semsales ; une délégation de ce tribunal s'y rendit et retrouva le registre dans un vieux buffet situé dans la salle d'école, et servant autrefois d'archives communales.

La plainte ne fut toutefois pas retirée et le 17 Octobre 1884 le tribunal de le Veveyse condamna correctionnellement Martin Perrin à une amende de 100 francs et aux frais.

Ensuite de recours à la Cour de cassation, ce jugement fut annulé et la cause renvoyée au Tribunal correctionnel de la Gruyère qui, par jugement du 24 Février 1885, condamna Perrin à un emprisonnement de 15 jours pour abus de confiance et injure publique, ainsi qu'à une indemnité de

20 francs en faveur du plaignant Grand. Ce jugement se fonde entre autres sur le fait que Perrin avait eu entre ses mains le registre litigieux à diverses dates, postérieurement à la prétendue remise qu'il en aurait faite à son successeur Grand, — à savoir le 29 août 1882, le 8 Novembre 1882, le 13 Janvier 1883, le 4 Mai 1884. — Sur recours de Perrin, ce jugement a été maintenu par la Cour de cassation pénale.

Le 8 Mars 1886, Martin Perrin demanda la revision du jugement rendu par le Tribunal de la Gruyère, alléguant qu'il était en mesure d'établir, par l'audition de nouveaux témoin, qu'aux dates indiquées dans le jugement le registre des routes était entre les mains de son successeur Grand ; qu'en particulier le nommé Joseph Robin pourrait attester ce fait.

En effet, interrogé le 28 Avril suivant par le procureur-général, J. Robin a déclaré que le 14 mai 1883, — date qu'il peut préciser parce que le dit jour il s'était fait délivrer un acte d'origine en vue de quitter la commune, — il s'est rendu avec Martin Perrin chez Jean Grand, pour faire une vérification, et qu'ils trouvèrent chez ce dernier le registre des routes dont il s'agit, relatif aux années 1880 et 1881, déposé sur une table avec plusieurs autres.

Par arrêt du 7 Juin 1886 le Tribunal cantonal, après avoir pris connaissance de la déposition de Joseph Robin, a admis la demande de revision et renvoyé la cause devant le Tribunal de la Glâne, par le motif que s'il est avéré que le registre litigieux se trouvait, le 14 Mai 1883, au bureau du secrétariat communal, il y a une forte présomption que ce registre n'était pas chez Perrin aux dates susrappelées.

Le 16 Février 1887, des témoins furent entendus devant le Tribunal de la Glâne, et Joseph Robin y répéta sa déposition.

Le 19 dit, l'avocat Heimo, agissant au nom du Conseil communal de Semsales et de Jean Grand, se fondant sur ce qu'il résulterait de renseignements reçus que Joseph Robin n'était pas à Semsales le 14 Mai 1883, mais à Fribourg, a déclaré porter plainte contre Martin Perrin pour subornation

de témoins, et contre Joseph Robin pour faux témoignage, tant en sollicitant la suspension de la question relative à l'abus de confiance, conformément à l'art. 338, C. p. p. La plainte fait valoir qu'il résulterait de s renseignements nouveaux que, le 14 Mai 1883, Joseph Robin n'était pas à Semsales, mais à Fribourg, et que partant il n'a pu voir le dit jour au secrétariat communal le registre litigieux.

Les plaignants invitent le préfet de la Veveyse à procéder sans retard, avec la plus grande énergie et discrétion possible. Ils demandent qu'il soit pris toutes les mesures propres à éclairer le juge et à sauvegarder l'indépendance des témoignages, et déclarent « répondre des conséquences éventuelles de ces mesures. »

A l'audience du Tribunal de la Glâne du 23 Février 1887 les dits plaignants, soit les membres et le secrétaire du Conseil communal de Semsales, demandèrent aussi la suspension de la cause, qui fut accordée. Au cours de l'enquête instruite sur cette plainte Joseph Robin a été incarcéré à Châtel-Saint-Denis par ordre du juge informateur le 25 Février 1887, et il a été élargi le 14 Avril suivant, après avoir subi une détention de 49 jours.

Par arrêt du 4 Juin suivant la Chambre d'accusation a renvoyé devant le Tribunal criminel de la Sarine Martin Perrin et deux autres personnes comme prévenus de subornation, de témoins et de tentative de subornation et six témoins, entre autres Joseph Robin, sous prévention de faux témoignage.

Par jugement du 14 Décembre 1887, le Tribunal de la Sarine a libéré purement et simplement Joseph Robin des fins de l'accusation, après avoir entendu, à sa requête, le témoin Pierre Cottet, lequel a déposé que le 15 Mai 1883, il a acheté une jument de M. Robin de Semsales ; que ce jour-là le père Robin était accompagné de son fils Joseph ; que le père Robin lui a même dit que son fils se rendait à Fribourg en qualité de domestique d'un laitier ; qu'il a quitté Robin et son fils entre 8 heures et 8 heures $^1/_2$ du matin.

Le Tribunal a estimé qu'il résulte de ce témoignage que le 14 Mai l'accusé se trouvait encore à Semsales et qu'il a pu y

constater, ainsi qu'il le soutient, la présence du registre litigieux chez le secrétaire Jean Grand. Dans son jugement, le tribunal constate en outre qu'il résulte de l'acte d'origine délivré à Joseph Robin que c'est le 14 Mai 1883 que cet acte a été expédié par le secrétaire communal Jean Grand, lui-même.

A l'ouverture de ce jugement, J. Robin a conclu à ce que les membres du dit Conseil communal de Semsales, ainsi que Jean Grand, et pour le cas de leur libération, l'Etat de Fribourg, soient condamnés à lui payer la somme de 6000 francs à titre de dommages-intérêts.

Les parties furent réassignées d'abord au 22 Décembre suivant, puis, ensuite de recours en cassation de la part de Perrin et consorts, la cause fut renvoyée, par arrêt du 16 Mars 1888, en ce qui concerne Martin et Thérésine Perrin, devant le Tribunal de la Broye.

A l'audience du Tribunal criminel de la Sarine du 22 Juin 1888, Joseph Robin a repris ses conclusions et formulé plusieurs offres de preuves. L'avocat Heimo, au nom du Conseil communal de Semsales, conclut à libération, en cumulant avec cette conclusion :

a) Une exception tirée de l'art. 350 *b*, C. p. p., attendu que les défendeurs n'ont été ni dénonciateurs ni plaignants contre les demandeurs à l'indemnité ; que le nom de J. Perrin, de J. et de L. Robin n'a pas même été mentionné dans la plainte des acteurs ;

b) Une exception éventuelle tirée de l'art. 146 de la loi sur les communes, et fondée sur le motif que le Conseil communal de Semsales aurait eu non seulement le droit, mais l'obligation de dénoncer à l'autorité compétente les indices de crimes et délits qui avaient pu parvenir à sa connaissance. Le procureur-général a conclu aussi à libération, tout en excipant également de l'art. 350 C. p. p. précité.

Statuant, le tribunal a éconduit Robin de sa demande, après avoir écarté les demandes de preuves par témoins, expertises et autres formulées par la partie instante.

Dans son mandat d'appel au Tribunal cantonal, Joseph

Robin, après avoir constaté que ses demandes de preuves ont été refusées, reprend ses conclusions en dommages-intérêts, s'appuyant sur les art. 50 et suivants, 55 C. O., qu'il estime être applicables à l'occasion de l'exercice de l'action prévue à l'art. 350 C. p. p.

Par arrêt du 22 Avril 1889, la Cour d'appel a écarté la demande en tant que dirigée contre l'Etat de Fribourg, attendu que celui-ci est couvert par la déclaration formelle des membres du Conseil communal de Semsales, plus haut reproduite ; que pour rendre l'Etat responsable des actes du juge d'instruction, il faudrait prouver qu'il y a eu une faute à la charge de ce dernier ; que l'absence d'un mandat d'arrêt n'en constitue pas une, attendu que Joseph Robin se trouvant en présence du juge d'instruction au moment où ce dernier a ordonné son incarcération, il n'y avait pas lieu de décerner mandat d'arrêt ; que dès lors le juge d'instruction n'a pas failli à son devoir. Quant à la demande formulée contre les dits plaignants, la Cour, après avoir rejeté les deux exceptions plus haut reproduites, a admis en principe Joseph Robin dans ses conclusions en dommages-intérêts, en application de l'art. 350 litt. *b*, combiné avec les art. 50 et suiv. C. O., mais en réduisant toutefois l'indemnité demandée à 250 francs. Joseph Robin recourut au Tribunal fédéral qui, par arrêt du 26 Octobre 1889, s'est déclaré incompétent pour statuer à l'égard de l'action dirigée contre l'Etat de Fribourg.

A l'audience du même tribunal, du 2 Novembre 1889, l'avocat Heimo, au nom des défendeurs, a opposé une exception d'incompétence, en se fondant sur ce que la réclamation de J. Robin ne serait pas une contestation civile, appelant l'application des lois fédérales, mais une question à trancher par le tribunal de l'ordre pénal, conformément à l'art. 348 C. p. p. ; subsidiairement, les dits défendeurs ont conclu à ce que le jugement de première instance soit rétabli, et, plus subsidiairement encore, au maintien de l'arrêt de la Cour d'appel. Joseph Robin s'est opposé à l'exception d'incompétence et a repris les conclusions par lui formulées devant le

Tribunal criminel de la Sarine, en 6000 francs de dommages-intérêts.

Par arrêt du même jour le Tribunal fédéral, après avoir affirmé sa compétence au regard des conclusions prises contre les membres du Conseil communal de Semsales et Jean Grand, a estimé que la Cour d'appel, en passant sous silence dans son arrêt les réquisitions relatives à des preuves importantes, a mis obstacle à l'exercice du droit de contrôle prévu à l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, et il a suspendu l'affaire, en invitant la Cour d'appel à procéder à l'administration de la preuve des faits suivants :

a) Que Joseph Robin était en bonne santé avant d'être incarcéré ;

b) Que c'est en prison qu'il a senti les premiers symptômes du mal dont il est irrémédiablement atteint ;

c) Qu'il a dû quitter son service ensuite de l'affection pulmonaire qu'il a contractée en prison.

La Cour d'appel a procédé à l'administration des dites preuves dans ses séances des 26 Novembre et 23 Décembre 1890, et elle a admis une réquisition de la partie demanderesse, en vue de faire entendre par Commission rogatoire divers témoins indiqués dans un exploit du 24 Septembre précédent, et habitant La Chapelle en Savoie.

Dans la dernière de ces séances, la Cour a réservé à l'appréciation du Tribunal fédéral la double demande de la partie défenderesse, tendant à la comparution personnelle du demandeur Joseph Robin, et à ce que celui-ci soit examiné par trois médecins suisses.

En ce qui concerne le résultat des preuves intervenues au sujet des trois faits sous lettres *a* à *c* ci-dessus :

Ad a. Plusieurs témoins déclarent que Robin était robuste, bon travailleur, et n'était pas malade en entrant en prison (D^me^ Gaudard, Jaques Hassler, Alphonse Perrin, T. Tinguely, A. Gremion). Le Dr Perrin dépose également qu'avant son incarcération Robin était fort et en bonne santé. En revanche, d'autres témoins témoignent dans un sens opposé. Joseph Corbaz, chez lequel Robin a été en service de Mai à Septembre

1884, déclare que celui-ci a dû suspendre son travail pour cause de maladie, pendant 8 jours, et que le médecin consulté a dit « que c'était un grand corps, qui doit être faible de constitution. » Léon Baud dit que Robin n'était pas bien robuste avant sa détention; Joseph Robin, cousin-germain du demandeur, déclare que celui-ci n'a jamais été en bonne santé avant son incarcération; Joseph Grand dépose que Robin n'était pas très fort. De même, la plupart des témoins entendus par voie de rogatoire à La Chapelle (Savoie) déposent que Robin, pendant les années 1884 et 1885, lors du séjour qu'il a fait dans cette localité, n'a pas été malade, mais qu'il ne paraissait pas doué d'une constitution très robuste.

En présence de ces divers témoignages, il se justifie de conclure que l'allégué sous lettre *a* ne peut être considéré comme prouvé, et que, si Robin n'était pas positivement malade avant son incarcération, sa constitution débile et délicate le prédisposait à la maladie.

Ad b. L'incarcération de J. Robin a duré 49 jours, dès le 25 Février au 14 Avril 1887, dans un local dépourvu de tout moyen de chauffage. Le Dr Rollin, qui l'a soigné en prison, a déposé que Robin se plaignait de crampes d'estomac; le sergent de gendarmerie Jungo a déclaré qu'en entrant en prison Robin lui a dit qu'il était maladif, et qu'il était devenu malade pendant sa détention. Le Dr Perrin, qui l'a examiné le 16 Avril 1887, deux jours après son élargissement, déclare avoir constaté chez lui une affection du poumon gauche et une complication du côté du cœur et du foie; il ajoute avoir la conviction que la maladie de Robin a été contractée pendant son emprisonnement, attendu qu'il se portait bien avant sa détention, et qu'il était malade à sa sortie. Le Dr Bisig a constaté également chez le demandeur, dans le courant de l'été 1887, une infiltration du poumon gauche, datant de deux mois environ, et menaçant de devenir tuberculeuse. Robin s'est plaint à ce témoin d'avoir souffert du froid en prison. D'autres témoins affirment que Robin était en bonne santé avant sa détention, et ne pouvait plus travailler après : quelques témoins, en revanche, disent le contraire. Le Dr Plot, à

Aiguebelle, dépose que Robin, en janvier 1888, lui a dit vouloir entrer au service de la Compagnie P.-L.-M., qu'après l'avoir examiné, il lui fit connaître qu'il ne pouvait lui donner un certificat favorable à son admission, attendu qu'il paraissait atteint d'une affection pulmonaire de nature tuberculeuse ; que Robin n'a dès lors pas persisté dans son intention d'être admis comme employé de la dite Compagnie.

Les témoins entendus rogatoirement, à Paris, constatent qu'en 1888, 1889 et 1890 Robin était débile et maladif, qu'il est tombé malade à diverses reprises et ne pouvait pas fournir le travail d'un ouvrier normal ; c'est ainsi que le Dr Thobois a déclaré que Robin, à la fin de 1889, était atteint d'une broncho-pneumonie ; qu'il était très débile, et incapable de s'occuper de travaux pénibles, comme ceux de la raffinerie parisienne ; qu'il a dû être soigné à l'hôpital Bichat. Le témoin Brun dépose que de 1888 à Février 1890, Robin est tombé malade à trois reprises différentes, qu'il souffrait de la poitrine et a dû quitter la raffinerie. Enfin le contremaître Chacornac confirme cette déposition, et il ajoute qu'il paraît que la maladie de Robin provient d'un emprisonnement qu'il aurait subi dans son pays.

Il résulte de tous ces témoignages que l'état de santé du demandeur est actuellement très compromis, sans qu'on puisse admettre avec certitude que ce soit là exclusivement la conséquence de sa détention. Il en ressort toutefois que la prédisposition à la maladie, que Robin présentait déjà avant son séjour en prison, a été aggravée par le régime auquel il a été soumis pendant son incarcération, surtout par le froid, et qu'à partir de ce moment son état a empiré.

Ad c. Cette question tombe, attendu qu'il n'est point établi que Robin soit jamais entré au service de la Compagnie P.-L.-M.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Il n'y a pas lieu de déférer à la demande des défendeurs, tendant à la comparution personnelle du demandeur J. Robin, et à ce qu'il soit examiné par trois médecins suisses. L'examen médical auquel Robin a été soumis paraît suffisant

pour asseoir la conviction du Tribunal ; le demandeur a, de plus, été entendu avec détail devant les instances cantonales, et, d'ailleurs, le conseil des défendeurs n'a plus insisté sur ces réquisitions, à l'audience de ce jour.

Il ne convient pas davantage d'admettre la requête de la partie demanderesse, tendant à l'audition, par rogatoire, de divers témoins habitant La Chapelle en Savoie. Non seulement, en effet, le conseil de J. Robin n'a pas non plus maintenu cette demande, mais les témoignages invoqués n'ont aucune importance capitale en la cause, et les auditions requises causeraient des longueurs et des frais injustifiés.

2° Le demandeur s'estime autorisé, ensuite de son acquittement, à réclamer une indemmité de la part des défendeurs, dont les agissements, — des conséquences desquelles ils ont déclaré répondre, — ont eu pour effet de lui causer, soit un dommage effectif et matériel par suite des mauvais traitements dont il a été l'objet en prison et de l'état de maladie incurable qui en serait résulté, soit une grave atteinte à sa situation personnelle.

En droit, le demandeur se fonde ainsi, soit sur l'art. 350 C. p. p. fribourgeois, soit sur les art. 50 et 55 C. O. Si le Tribunal fédéral est incompétent en ce qui concerne l'application du premier de ces articles, il a en revanche compétence pour examiner les conclusions de la demande relatives aux dispositions précitées du C. O., ainsi que le motif tiré de la responsabilité qu'auraient assumée les membres du Conseil communal de Semsales et Jean Grand, ensuite de leur déclaration portant qu'ils se chargent de toutes les conséquences résultant des mesures prises contre le demandeur J. Robin.

3° En ce qui concerne les exceptions soulevées par les défendeurs, touchant leur légitimation passive, et consistant à prétendre qu'ils ne sont pas recherchables en l'espèce, par le double motif qu'ils n'ont pas été plaignants dans l'action pénale ouverte contre Joseph Robin (C. p. p. 350 litt. *b*), et qu'aux termes de l'art. 146 de la loi sur les communes, le Conseil communal de Semsales avait l'obligation de dénoncer

à l'autorité compétente des indices de crimes et délits qui avaient pu parvenir à sa connaissance, le Tribunal fédéral n'a point à contrôler leur rejet par la Cour d'appel, en tant que ces exceptions avaient trait à l'application de l'art. 350 C. p. p. fribourgeois, laquelle rentre dans la compétence exclusive des tribunaux cantonaux.

Les motifs sur lesquels ces exceptions reposent ne sauraient nullement empêcher, aux termes de ce Code, l'ouverture d'une action civile en dommages-intérêts par le dénoncé contre le dénonciateur, dont la plainte a été formulée à la légère et a eu des conséquences dommageables pour le demandeur. Les dites exceptions doivent donc être également rejetées au regard des art. 55 ss. C. O.

D'ailleurs il est constant en fait, d'une part, que dans leur plainte du 19 février 1887, les membres du Conseil communal susvisé et Jean Grand ont expressément accusé J. Robin de faux témoignage, en prétendant que, contrairement à la déposition faite par lui sous le poids du serment, il ne se trouvait pas à Semsales le 14 Mai 1883; d'autre part, qu'il se sont portés partie civile au procès pendant contre J. Robin devant le Tribunal criminel de la Sarine, et qu'ils ont obtenu une indemnité contre Martin Perrin, l'un des prévenus, ce qui prouve qu'ils ont agi comme particuliers.

4° Au fond, le demandeur ne peut être admis à fonder sa demande en dommages-intérêts sur la déclaration contenue dans la plainte des défendeurs du 19 Février 1886, dans laquelle ceux-ci déclarent vouloir répondre des conséquences éventuelles des mesures par eux sollicitées, puisque cet engagement n'a point été pris en faveur du demandeur, mais seulement vis-à-vis d'un tiers, à savoir la préfecture du district de la Veveyse, dont l'intervention était requise ; cette autorité, soit l'Etat de Fribourg, serait seul autorisé, le cas échéant, à faire état de la prédite déclaration, par voie de recours contre ses auteurs.

5° En revanche, il y a lieu de rechercher si les conclusions de la demande sont justifiées au regard des dispositions précitées du Code des obligations. Il convient de rappeler d'a-

bord, à cet égard, que l'accusation de faux serment portée contre le demandeur par les membres du Conseil communal de Semsales et par Jean Grand était fondée sur le seul fait que, contrairement à sa déposition sermental, Robin ne se serait pas trouvé dans cette localité le 14 Mai 1883, attendu qu'à cette date il aurait déjà été en service à Fribourg. Or à l'encontre de cette allégation des défendeurs, l'instruction a constaté l'exactitude du dire de J. Robin, et par conséquent la fausseté de l'accusation formulée contre lui.

La question de savoir si la dénonciation, soit plainte, portée contre Robin par les défendeurs présente les caractères d'un acte illicite, doit recevoir une solution affirmative. Un pareil acte, il est vrai, ne résulte point déjà du simple fait de la dénonciation en elle-même, mais il devient illicite, et par conséquent générateur de dommages-intérêts, dès le moment où la plainte a été portée soit dolosivement, soit à la légère, c'est-à-dire alors que le plaignant savait ou eût pu et dû savoir que les faits délictueux à la base de sa plainte étaient ou controuvés, ou insuffisamment établis à la charge du dénoncé (voir arrêts du Tribunal fédéral en les causes Dusonchet c. Phénix, *Rec. off.* XIV, page 646 ss.; Puhlmann c. Orell Füssli et Cie, *ibid.* XVI, page 162, consid. 2 etc.). Or si le procédé des défendeurs est, comme on doit l'admettre, exempt de dol, puisqu'il n'a pas même été allégué que leur plainte ait été formulée dans le but de nuire à J. Robin, alors qu'ils auraient été convaincus de son innocence, il apparaît, ainsi que la Cour d'appel le caractérise, comme entaché d'une précipitation injustifiée et d'une légèreté coupable. Le seul fondement de la plainte pénale portée contre le sieur Robin gisait, en effet, dans la circonstance que celui-ci, contrairement à son dire, n'aurait pas été présent à Semsales à une date déterminée, quatre ans auparavant, soit le 14 mai 1883, alors que le demandeur affirmait n'être parti pour Fribourg que le lendemain.

En présence d'une différence aussi minime et aussi difficile à constater, il eût certainement été du devoir des plaignants, avant de lancer contre Robin une accusation

d'une incontestable gravité, et relevant des tribunaux criminels, de s'assurer qu'elle pouvait être étayée sur des preuves suffisantes, ou reposait tout au moins sur de sérieux indices. Or les plaignants ont entièrement négligé, alors qu'il eût été en leur pouvoir de le faire, de contrôler sérieusement l'exactitude de l'affirmation du demandeur ; personne, en effet, mieux que le plaignant Grand, secrétaire communal, n'était en mesure de constater que Robin se trouvait effectivement à Semsales à la date du 14 Mai 1883, puisque ce jour il lui a remis l'acte d'origine que ce dernier était venu lui demander, en vue de son départ imminent pour Fribourg.

Les agissements des défendeurs engagent dès lors leur responsabilité civile en dommages-intérêts, soit au point de vue de l'art. 55, soit à celui de l'art. 50. En ce qui concerne la première de ces dispositions, il faut reconnaître qu'une accusation de cette gravité, dont l'inanité a été démontrée, était de nature à porter une grave atteinte à la situation personnelle du demandeur, qu'elle représentait comme ayant commis, dans un bnt d'intérêt inavouable, un acte réprouvé par la morale et puni par la loi.

Relativement à l'art. 50, il est incontestable que la négligence ou l'imprudence relevée à la charge des membres du Conseil communal de Semsales et de Jean Grand ont contribué à causer au sieur Robin le dommage indéniable dont il a souffert. Sans doute une partie de ce dommage doit être attribuée aux autorités qui ont ordonné et mis à exécution l'arrestation du demandeur ; en particulier l'aggravation de son état de santé doit être imputée principalement au froid auquel il a été exposé pendant toute la durée de son emprisonnement dans une cellule non chauffable, fait qui, au dire des deux parties, est en contradiction avec les règlements, et ne saurait être mis à la charge des défendeurs. Mais il n'en est pas moins certain que ceux-ci, en provoquant par leur plainte imprudente et inconsidérée l'incarcération de Robin, ont contribué à causer le dommage soit moral, soit matériel, infligé à celui-ci par sa détention, tels que la privation de son salaire et de sa liberté pendant 49 jours, l'ébranlement

de sa santé, et la diminution de capacité de travail qui en est résultée.

La responsabilité des défendeurs existe donc, sinon pour l'entier, tout au moins pour une partie du dommage souffert, en vertu des art. 55 et 50 C. O., bien que, en ce qui a trait à ce dernier article, elle puisse apparaître comme diminuée dans une certaine mesure par la circonstance que Robin n'a indiqué que postérieurement à sa détention le témoin Cottet dont la déposition importante a exercé une influence décisive sur le jugement du Tribunal de la Sarine libérant le demandeurs des fins de la plainte portée contre lui, et aurait sans doute influé également sur la mise à exécution de la détention de Robin.

6° En prenant en considération, en ce qui a trait à la détermination de la quotité de l'indemnité à allouer au recourant, toutes les circonstances de la cause, ainsi que la jurisprudence antérieure du Tribunal de céans dans des cas analogues, la somme accordée par la Cour cantonale n'apparaît pas comme une compensation suffisante du dommage souffert, et il se justifie de la porter au chiffre de 600 francs.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Fribourg du 22 Avril 1889 réformé en ce sens que les membres du Conseil communal de Semsales, soit Jean Suchet, Léon Perrin, Jules Buclin, Alphonse Desbiolles, François Genoud, Pierre Grand et Jean Grand, secrétaire communal, tous à Semsales, sont condamnés à payer solidairement au demandeur J. Robin, à titre de dommages-intérêts, la somme de 600 francs avec intérêts à 5 % l'an dès la demande juridique.

106. Urtheil vom 14. November 1891 in Sachen Lobenstein gegen Fallimentsmasse Ravier und Genossen.

A. Durch Urtheil vom 11. Juli 1891 hat das Obergericht des Kantons Zug erkannt:

1. Es sei das vorklägerische Appellationsbegehren abzuweisen und das kantonsgerichtliche Urtheil, soweit es die Rechts- und Gegenrechtsfrage und die Frage betreffend Prozeßkostenvergütung anbetrifft, bestätigt.

2. Dagegen sei die beklagtische Appellation und Widerklage begründet erklärt und demnach Lobenstein pflichtig:

a. Die von der Massekuratel im Fallimente Dr. v. Ravier erstellte Betriebsrechnung mit Kassasaldo von 7741 Fr. 95 Cts. anzuerkennen;

b. Die aufgelaufenen Lidlöhne, die Konti für bezogene Waaren und Getränke seit 22. Juli, alles im Gesammtbetrage von 2894 Fr. 85 Cts. aus dem Kassasaldo zu bezahlen und hiezu den schuldigen Kassasaldo von 7741 Fr. 95 Cts. der Massekuratel im Fallimente Dr. v. Ravier zu verabfolgen;

c. Für die fehlende Inventur 50 Fr. zu vergüten;

d. Für Wohnung und Verköstigung seiner Familie 250 Fr. an die Masse zu vergüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht, in der er folgende Anträge anmeldete: Es sei, unter Aufhebung des vom Obergerichte von Zug am 11. Juli 1891 theilweise bestätigten und theilweise abgeänderten Kantonsgerichtsurtheils vom 30. Mai 1891, gemäß der Art. 210 bis 228 O.-R. und der Rechtsausführungen des Klägers vor Kantonsgericht Zug, S. 31—41 des Aktenheftes, und ebenso vor Obergericht Zug, S. 52 des Aktenheftes, bundesgerichtlich zu erkennen: Die Vorbeklagtschaft sei pflichtig, zu Gunsten des Klägers und dessen Forderungen von 11,250 Fr. und 4000 Fr. an Lidlohn (nebst dem gesetzlichen Vorzugsrecht für die letztern) das vorzugsberechtigte Faustpfand respektive Re-

tentionsrecht für alle im Jahre 1890 auf Schönfels (Zug) erwiesenermaßen angeschafften Gegenstände (Pferde, Wagen, Inventur) anzuerkennen und es sei die beklagtische Widerklage angebrachtermaßen ab eventuell zu neuem Verfahren an die zugerischen Instanzen zurückzuweisen unter Kostenfolge. Bei der am 17. Oktober 1891 stattgefundenen mündlichen Verhandlung hält der klägerische Vertreter diese Anträge aufrecht. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ist aus den Akten Folgendes hervorzuheben: Durch Akt datirt „Gersau den 22. Juni 1890" bekundete der (angebliche) Dr. E. H. v. Ravier in Gersau, damaliger Eigenthümer der Kuranstalt Schönfels ob Zug, daß der Kläger O. R. Lobenstein, zur Zeit in Winterthur, ihm „unter heutigem Datum" behufs Vollendung der Neubauten und für Inbetriebsetzung der Kuranstalt Schönfels die Summe von 14,200 Fr. darlehensweise ausbezahlt habe und sich verpflichte, zugleich eventuell noch weitere Vorschüsse bis zur Gesammtsumme von 20,000 Fr. zu machen. „Diese Darlehenssumme," so fährt die Erklärung fort, „wird hiemit sichergestellt durch Bestellung eines Faustpfandrechts auf alles im Jahre 1890 neu angeschaffte und durch die Police der Helvetia Nr. 9210 mit 57,500 Fr. versichert gewesene, jetzt aber in Folge von Neuanschaffungen und Vermehrung des Inventars durch Police Nr. 9261 der Helvetia mit 86,460 Fr. bewerthete Neu-Inventar der Kuranstalt Schönfels, welches O. R. Lobenstein hiemit als Faustpfand übernimmt." (Art. 200 u. ff. O.-R.) Durch eine weitere, vom gleichen Tage datirte Erklärung verpflichtete sich Ravier, dem O. Lobenstein den Direktorposten der Kuranstalt Schönfels auf die Dauer von mindestens drei Jahren zu übertragen mit einem Gehalte von mindestens 4000 Fr. per Saison nebst freier Station. Die zweite Instanz hat thatsächlich festgestellt, daß diese Erklärungen antedatirt sind und nicht am 22. sondern erst am 23. oder 24. Juni 1890 ausgestellt wurden; ebenso hat sie festgestellt, daß bei deren Ausstellung noch nicht ein Darlehensbetrag von 14,200 Fr. ausbezahlt war. Eine Uebergabe der als Faustpfand verschriebenen

Gegenstände hat bei Abschluß des Vertrages zugestandenermaßen nicht stattgefunden. Dagegen trat O. R. Lobenstein zu Anfang Juli 1890 die Stellung eines Direktors der Kuranstalt Schönfels an und hat in dieser Stellung, — zu welcher Zeit ist des nähern nicht ersichtlich, — die fraglichen, im Uebrigen nicht etwa in einer besondern Räumlichkeit verwahrten, sondern in normaler Weise für den Betrieb der Kuranstalt verwendeten Inventarstücke mit Zeddelchen u. dergl. bezeichnet, die seinen Namen trugen. Schon am 2./3. Juni 1890 hatten die Beklagten Cavallasca, Wörner, Speck und Hürlimann gegen Ravier, gegen welchen sie verschiedene Forderungen gerichtlich eingeklagt hatten, gemäß § 48 des zugerischen Rechtstriebsgesetzes die Verfügung des Kanzleischlusses (Veto) erwirkt; Ravier erkannte ihre Forderungen am 15. Juli 1890 gerichtlich an und stellte am 18. gleichen Monats, nachdem die fraglichen Gläubiger inzwischen Exekutionsbefehle gegen ihn ausgewirkt hatten, dem Waibelamte Zug Vollmacht aus, alle auf Schönfels befindlichen Fahrhaben und Aktiven für die vier treibenden Gläubiger in erster Linie nnd die durch Alois Hotz weitertreibenden Gläubiger als unbedingtes Pfand einzusetzen. Am 22. Juli 1890 wurde daraufhin das sämmtliche alte und neue Inventar der Kuranstalt Schönfels (mit Ausnahme des in Küche, Keller und Office befindlichen) waibelamtlich aufgenommen, wobei Lobenstein sein Faustpfandrecht wahrte. Nachdem auch die Kellervorräthe gepfändet worden waren, stellte Lobenstein am 7. August 1890 eine Erklärung aus, wonach er sich „für den Verbrauch und Abgang der durch das Waibelamt Zug gepfändeten Getränke persönlich haftbar und zahlungspflichtig" erklärte und versprach, die Fakturapreise der im Laufe einer Woche konsumirten Getränke jeweilen am folgenden Montag dem Waibelamte Zug zu bezahlen; dem Vertreter der Pfändungspfandgläubiger wurde das Recht vorbehalten, sofern Lobenstein dieser Uebereinkunft nicht pünktlich nachkommen sollte, dieselbe jederzeit aufzuheben und die gepfändeten Getränkevorräthe unter Siegel zu legen. Nachdem Ende August 1890 Ravier wegen Vergehen verhaftet worden war, brach über denselben der Konkurs aus und es wurde die Kuranstalt Schönfels geschlossen. Im Konkurse des Ravier machte O. Lobenstein eine faustpfandversicherte Ansprache von

11,250 Fr., eine Lidlohnforderung für seine Geschäftsführung als Direktor der Kuranstalt von 4000 Fr. (für welche er das Retentionsrecht an den Inventurgegenständen beanspruchte) und eine laufende Forderung von ebenfalls 4000 Fr. (für Bruch seines Anstellungsvertrages) geltend. Da diese Ansprachen nicht anerkannt wurden, erhob Lobenstein gerichtliche Klage gegen die Fallimentsmasse Ravier sowie gegen die Konkursgläubiger Cavallasca, Wörner, Speck und Hürlimann, welche für ihre Forderungen an Ravier ein Pfändungspfandrecht an dem gesammten Inventar der Kuranstalt Schönfels beanspruchten, er stellte das, auch in der bundesgerichtlichen Instanz festgehaltene, aus Fakt. B ersichtliche Rechtsbegehren. Die Beklagten erkannten blos eine Darlehensforderung von 8000 Fr. und eine Forderung für Geschäftsleitung von 1600 Fr. an und bestritten, daß dem Kläger ein Pfand- oder Retentionsrecht oder (für seine Gehaltsforderung) ein Konkursprivileg zustehe; sie beantragten, das klägerische Rechtsbegehren sei im Uebrigen abzuweisen und demgemäß der Kläger pflichtig, die von den Beklagten C. Cavallasca, F. Wörner, J. Speck und Moritz Hürlimann beanspruchten Pfandrechte als rechtsgültig anzuerkennen. Widerklagsweise stellten sie die Begehren: Kläger sei schuldig, a. über seinen Betrieb der Kuranstalt Schönfels d. h. über seine bezüglichen Einnahmen und Ausgaben, mit Ausschluß seiner prätendirten Forderungen aus Darlehen, eine richtige Rechnung zu erstellen respektive die von der Massekuratel des Fallimentes Dr. v. Ravier darüber erstellte Betriebsrechnung (Beklagtenbeleg Nr. 11) anzuerkennen; b. für die sämmtlichen auf Schönfels vom 1. Juli bis 31. August 1890: 1. aufgelaufenen und noch nicht bezahlten Lidlöhne von 753 Fr. oder wie viel; 2. Die von ihm erhaltenen, bestellten, bezogenen und noch nicht bezahlten Waaren und Getränke von zusammen 1613 Fr. 50 Cts. oder wie viel; 3. den Getränkekonsum seit der Pfändung vom 22. Juli 1890 von 528 Fr. 35 Cts. oder wie viel, persönlich zu haften und solche vorab aus dem laut Betriebsrechnung, Beklagtenbeleg Nr. 11, schuldigen Kassasaldo von 7741 Fr. 95 Cts. zu decken sowie den Rest des Kassasaldos in die Fallimentsmasse Dr. v. Ravier abzugeben; c. für die fehlenden Inventarstücke laut Beklagtenbeleg Nr. 8 zu haften und solche zu

ersetzen; d. für die Wohnung und Verköstigung seiner Familie (Frau, Kind und Nichte) 300 Fr. in die Fallimentsmasse Dr. von Ravier zu vergüten, unter Kostenfolge. Dabei ist rücksichtlich der klägerischen Forderung von 11,250 Fr. nd der Widerklagsbegegren a und b zu bemerken: Die klägerische Forderung von 11,250 Fr. macht nicht ausschließlich Darlehensansprüche des Klägers an Ravier geltend, sondern sie stellt den Saldo der gesammten zwischen Ravier und dem Kläger bestandenen Beziehungen dar, sowohl der auf die gewährten Vorschüsse als der auf die Geschäftsführung des Klägers als Direktor der Kuranstalt Schönfels bezüglichen. Der Kläger hat in seiner letztern Stellung in das von ihm geführte Kassabuch nicht nur die auf den Betrieb der Kuranstalt bezüglichen Einnahmen und Ausgaben (unter welch letztern auch die Zahlung seines gesammten Gehaltes mit 4000 Fr. für die Saison von 1890 figurirt), sondern auch die von ihm dem Ravier gemachten Vorschüsse (welche zu verschiedenen Wechseloperationen Veranlassung gaben) eingetragen. Wesentlich gestützt auf dieses Kassabuch berechnet er nun einerseits was er an Vorschüssen und an Ausgaben für den Anstaltsbetrieb für Ravier ausgegeben, andrerseits was er aus dem letztern für denselben eingenommen habe und klagt in seiner Forderung von 11,250 Fr. die Differenz zwischen den beiden Beträgen ein. Die Beklagten haben eingewendet, es sei dieses Verfahren ein unzuläßiges; es müsse der Darlehensverkehr aus der Rechnung über den Anstaltsbetrieb ausgeschieden werden; sie haben alsdann ihrerseits eine Rechnung über den letztern aufgestellt, in welcher sie zu dem Ergebnisse gelangen, daß Lobenstein aus seiner Geschäftsführung der Masse einen Saldo von 7741 Fr. 95 Cts. schulde. Bei dieser Aufstellung haben sie als von Lobenstein in Rechnung gebrachte Wechsel und Baarzahlungen für Ravier, welche sich nicht auf den Anstaltsbetrieb beziehen, den Betrag von 14,761 Fr. ausgeschieden; im Fernern haben sie aus der Rechnungsaufstellung Lobenstein's gestrichen: a. Dessen Zahlungen von 4000 Fr. für sein eigenes Honorar; b. von ihm verrechnete Honorarzahlungen von zusammen 2000 Fr. an den Kurarzt Dr. Bovet, sowie, c. eine Reihe von Ausgabeposten von zusammen 846 Fr. 30 Cts., welche sie als ungerechtfertigt aus-

bezahlte, nicht ausgewiesene und vernachläßigte Posten bezeichnen. Im Weitern haben sie geltend gemacht, Lobenstein hafte persönlich für die während seiner Verwaltung aufgelaufenen und nicht bezahlten Dienstbotenlöhne und Waarenschulden, da er diese aus den Betriebseinnahmen der Kuranstalt hätte bezahlen sollen; er habe diese Ausgaben in erster Linie aus dem Kassasaldo zu tilgen, welchen er der Masse schulde; ebenso hafte er in gleicher Weise persönlich für den Konsum gepfändeter Getränke. Die erste Instanz, Kantonsgericht Zug, hat mit Bezug auf die Vorklage eine Darlehensforderung des Klägers im Betrage von 9690 Fr. und eine Honorarforderung von 1600 Fr. anerkannt, dagegen dem Kläger das von ihm beanspruchte Faustpfand und Retentionsrecht ebenso wie das Konkursprivileg für die Gehaltsforderung abgesprochen und ist auf das (zur Vorklage gestellte) Begehren um Anerkennung der beklagtischen Pfandrechte sowie auf die Widerklage aus prozeßualen Gründen nicht eingetreten. Die zweite Instanz (Obergericht des Kantons Zug) hat durch ihr Fakt. A angeführtes Erkenntniß die erstinstanzliche Entscheidung rücksichtlich der Vorklage bestätigt; dagegen ist sie auf die Widerklage eingetreten und hat dieselbe im Wesentlichen gutgeheißen.

2. In rechtlicher Beziehung muß im Anschlusse an das von den Vorinstanzen beobachtete Verfahren zwischen den Forderungen des Klägers aus Darlehen einerseits, aus seinem Anstellungsverhältnisse als Direktor der Kuranstalt Schönfels andrerseits unterschieden werden; es sind vorerst diese Forderungen festzustellen und ist hernach bei Beurtheilung der Widerklage zu ermitteln, welche Beträge der Kläger seinerseits der Masse Xavier aus seiner Geschäftsführung schuldet. Wenn der Kläger heute wie vor den kantonalen Instanzen behauptet hat, die Widerklage sei prozeßualisch nicht zuläßig, so kann für das Bundesgericht hierauf nichts ankommen; das Bundesgericht ist an die gegentheilige Entscheidung der kantonalen Oberinstanz als eine rein prozeßuale, auf der Anwendung kantonalen Rechts beruhende, gebunden. Ein Grund zu Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht liegt nicht vor.

3. Was nun vorerst die Darlehensforderungen des Klägers anbelangt, so hat der Kläger sich im Prozesse zum Nachweise des

Bestandes und der Höhe derselben nicht etwa auf die, übrigens festgestelltermaßen unrichtige, Erklärung vom 22. Juni 1890 sondern vielmehr auf die Einträge in dem von ihm geführten Kassabuche und die als Belege für die einzelnen Zahlungen von ihm eingelegten Wechsel, Bankbordereaux ꝛc. berufen. In Prüfung dieser Belege hat die erste Instanz, deren Urtheil in dieser Beziehung vom Obergerichte einfach bestätigt worden ist, als erwiesen anerkannt, daß der Kläger für Ravier den Betrag der beiden Wechsel Klägerbeleg Nr. 7 a und b mit 700 Fr. und 990 Fr. bezahlt und ihm gemäß Klägerbeleg 8 a und c und dem Zugeständnisse der Beklagten weitere 8000 Fr. vorgeschossen habe. Dabei muß es, da die Beklagten diese Entscheidung nicht angefochten haben, einfach sein Bewenden haben. Dagegen haben die Vorinstanzen die vom Kläger weiter behaupteten Leistungen (nämlich eine Baarsendung von 1000 Fr. vom 28. Juni 1890 eingetragen im Kassabuch sub 9. Juli gleichen Jahres, 2500 Fr. laut Wechsel Nr. 9747, eingetragen im Kassabuch sub 14. Juli 1890, eine Sendung von 600 Fr. durch zwei Postmandate) nicht berücksichtigt. Ueber die Gründe hiefür sprechen sie sich nicht aus; es ist indeß offenbar anzunehmen, sie betrachten diese Leistungen als nicht erwiesen. In dieser Entscheidung liegt nun insofern ein Rechtsirrthum, als es die Forderung von 2500 Fr. laut Wechsel Nr. 9747 anbelangt. Denn in ihrer Duplik, Seite 2 und 9, haben die Beklagten ausdrücklich anerkannt, daß Ravier diesen Betrag durch Wechseldiskontirung erhalten habe. Danach ist denn die Darlehensforderung des Klägers nicht, wie die Vorinstanzen annehmen, auf 9690 Fr. sondern auf 12,190 Fr. festzusetzen.

4. In Bezug auf die Gehaltsforderung des Klägers ist die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen, diese Forderung also auf 1600 Fr. festzusetzen. Das Gehalt des Klägers betrug 4000 Fr. per Saison; nun hat aber der Kläger nicht für die ganze Saison 1890 als Direktor geamtet sondern nur während eines Theils derselben. Das Saison-Engagement des Direktors der Kuranstalt Schönfels dauert (wie nach den Aussagen des Zeugen Utinger angenommen werden muß) von Mitte April bis Ende September; Kläger aber ist erst zu Anfang Juli eingetreten und hat um Ende August zu funktioniren aufgehört. Dieser Dauer

der Thätigkeit des Klägers scheint der vorinstanzlich gutgeheißene Besoldungsbetrag zu entsprechen. Eine Entschädigungsforderung für die vorzeitige Aufhebung des Anstellungsvertrages hat der Kläger, wenn er auch in seinen Vorträgen davon sprach, doch in seinen Rechtsbegehren nicht gestellt und es ist daher auf eine solche nicht einzutreten.

5. In Bezug auf die Widerklageforderung, so ist, was zunächst die von den Beklagten aufgestellte Betriebsrechnung für die Kuranstalt Schönfels anbelangt, nicht zu ersehen, warum aus derselben die Zahlungen von 2000 Fr. an den Kurarzt sollten gestrichen werden können. Das zweitinstanzliche Erkenntniß spricht sich darüber in keiner Weise aus; es ist nicht bestritten, daß diese Zahlungen wirklich gemacht wurden und ebensowenig ist etwa dargethan, daß dem Kurarzt das bezahlte Honorar nicht geschuldet worden sei. Es geht also nicht an, diese Zahlungen dem Kläger zu belasten, dieselben sind vielmehr dem Geschäftsherrn (der Masse Ravier) zu verrechnen. Ebenso fehlt es in dem zweitinstanzlichen Erkenntnisse an jeder Begründung dafür, daß dem Kläger die von den Beklagten beanstandeten diversen Ausgabeposten von zusammen 846 Fr. 30 Cts. zu Last gelassen werden; es ist weder ausgeführt, daß diese Ausgaben thatsächlich nicht gemacht worden seien, noch daß sie nicht hätten gemacht werden dürfen; letzteres ergibt sich auch nicht etwa aus der Natur der fraglichen Ausgaben, welche vielmehr derart sind, wie sie beim Betriebe einer Kuranstalt vorzukommen pflegen. Es ist also auch dieser Posten in die Rechnung zu Gunsten des Klägers einzustellen. Im Fernern ist das Gehalt des Klägers, soweit ihm dasselbe geschuldet war, d. h. nach dem oben ausgeführten bis zum Betrage von 1600 Fr., zu Gunsten des Klägers in die Rechnung aufzunehmen. Denn es ist klar, daß der Kläger berechtigt war, wie andere Löhne oder Besoldungen so auch sein Gehalt als Direktor auszubezahlen. Im Uebrigen dagegen ist nicht ersichtlich, daß die Aufstellung der Betriebsrechnung, wie sie von der Vorinstanz gutgeheißen worden ist, auf einem Rechtsirrthum beruhe. Diese Rechnung ergibt danach, nach Berücksichtigung der von der Vorinstanz zu Unrecht gestrichenen Posten, einen Saldo zu Gunsten der beklagten Masse Ravier von 7741 Fr. 95 Cts. — 2000 Fr. — 846 Fr. 30 Cts. — 1600 Fr. = 3295 Fr. 65 Cts.

6. Wenn die Beklagten beantragen, es sei der Kläger für die unter seiner Direktion erwachsenen, nicht bezahlten Lidlöhne und Waarenschulden persönlich haftbar zu erklären und auszusprechen, es seien diese Schulden in erster Linie aus dem Saldo der Betriebsrechnung zu bezahlen, so ermangelt dieses Begehren der rechtlichen Grundlage. Die betreffenden Schulden sind nicht im Betriebe eines vom Kläger im eigenen Namen geführten Geschäftes, sondern im Betriebe des Geschäftes des Falliten Ravier kontrahirt worden; nicht der Kläger sondern Ravier oder an dessen Stelle dessen Konkursmasse sind also prinzipal Schuldner derselben. Wenn die Gläubiger der fraglichen Forderungen glauben sollten, der Kläger hafte ihnen aus irgend einem Grunde persönlich dafür, daß die Masse ihre Forderungen bezahle, so ist es ihre Sache, diesen Anspruch gegenüber dem Kläger geltend zu machen, nicht aber Sache der prinzipalen Schuldnerin, der Masse Ravier. Diese kann lediglich ihre Rechte, nicht aber diejenigen dritter Personen machen. Das sachbezügliche Dispositiv des angefochtenen Urtheils ist also einfach zu streichen.

7. Anders dagegen verhält es sich mit der Haftung des Klägers für den Konsum gepfändeter Getränke. In dieser Richtung hat allerdings der Kläger durch seine Erklärung vom 7. August 1890 gegenüber den Pfändungsgläubigern, den Mitbeklagten Cavallasca und Konsorten, eine persönliche Haftung übernommen; er hat sich, damit die gepfändeten Weinvorräthe nicht dem Gebrauche im Betriebe des Etablissements entzogen werden, persönlich verpflichtet, den Fakturabetrag des jeweiligen Wochenkonsums waibelamtlich zu deponiren. Da er unbestrittenermaßen dieser Verpflichtung nicht, jedenfalls nicht vollständig, nachgekommen ist, so haftet er den betreffenden Gläubigern für einen ihnen hieraus entstehenden Schaden. Es ist demgemäß auszusprechen, daß der Kläger den Pfändungsgläubigern Cavallasca und Konsorten, sofern deren Pfandrecht zu Recht besteht und dieselben im Uebrigen aus den Pfändern nicht befriedigt werden, für den Ausfall bis zum Betrage des Fakturawerthes der verbrauchten gepfändeten Weine haftet, daß also den fraglichen Gläubigern das Recht vorbehalten wird, ihn auf diesen Ausfall zu belangen. Ob das Pfandrecht der fraglichen Gläubiger zu Recht besteht, kann im gegenwärtigen Prozesse, nach den übereinstimmenden, für das

Bundesgericht ohne weiters maßgebenden Entscheidungen der Vorinstanzen, nicht beurtheilt werden, sondern ist eventuell in einem neuen Verfahren zu entscheiden.

8. In Bezug auf die mit der Widerklage im Fernern geltend gemachte Entschädigungsforderung für fehlende Inventurgegenstände ist einfach die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen. Denn nach dem Inhalte derselben muß angenommen werden, daß allerdings Inventurgegenstände im angegebenen Werthe zufolge vertragswidriger Nachlässigkeit des Klägers abhanden gekommen seien, die Schadenersatzpflicht des Klägers also begründet sei. Dagegen kann die Forderung von 250 Fr. für Wohnung und Verköstigung seiner (aus Frau, Kind und Nichte bestehenden) Familie nicht gutgeheißen werden. Dem Kläger war vertraglich neben seiner Baarbesoldung freie Station zugesichert. Daß nun diese Zusicherung sich nur auf seine Person, nicht auch auf seine Familie bezogen habe, kann nicht angenommen werden, denn es ist bekanntlich in Verhältnissen wie in den vorliegenden das Gegentheil üblich, es hat festgestelltermaßen der Vorgänger des Klägers in der Direktorstelle nicht nur für seine Person sondern auch für seine Familie freie Station genossen und es ist, als der Kläger seine Familie zu sich nahm, von Seiten des damaligen Eigenthümers des Kuretablissements in keiner Weise angedeutet worden, daß diese Aufnahme nur gegen Bezahlung eines Pensionspreises geschehen dürfe. Bei dieser Sachlage durfte offenbar der Kläger nach den Grundsätzen der guten Treue der Ansicht sein, es sei die freie Station nicht auf seine Person beschränkt, sondern erstrecke sich auch auf seine Familie; wollte dies nicht eingeräumt werden, so hätte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, die freie Station werde nur dem Kläger persönlich gewährt. Die gegentheilige Entscheidung der Vorinstanz verstößt gegen den Grundsatz, daß bei Auslegung von Willenserklärungen nicht der bloße Wortlaut allein entscheidend ist, sondern auf die Verkehrsübung und die sonstigen, einen Schluß auf den Parteiwillen gestattenden, Thatumstände des Einzelfalles Rücksicht genommen werden muß.

9. Sind sonach die beidseitigen Forderungen in der angegebenen Weise festzustellen, so muß sich noch fragen, ob eventuell inwie-

weit dem Kläger für seine Ansprüche ein Pfand- oder Retentionsrecht zustehe. In dieser Richtung ist zu bemerken: Das vom Kläger beanspruchte Faustpfandrecht ist von den Beklagten aus einem doppelten Grunde bestritten worden, einmal weil eine Uebergabe der verpfändeten Sachen nicht stattgefunden habe und sodann weil der Verpfänder Ravier in Folge des gegen ihn ausgewirkten Vetos dispositionsunfähig gewesen sei. Es mag nun dahingestellt bleiben, inwiefern die letztere Einwendung zutrifft, denn jedenfalls ist der Bestand eines Faustpfandrechtes aus dem erstern Grunde zu verneinen. Nach Art. 210 O.-R. ist zur Begründung eines Pfandrechtes an beweglichen Sachen die Uebergabe an den Pfandgläubiger erforderlich und gilt die Uebergabe nicht als vollzogen, so lange die Sache im Gewahrsam des Verpfänders verbleibt. In casu hat nun bei Abschluß des vom 22. Juni 1890 datirten Vertrages eine Uebergabe unzweifelhaft nicht stattgefunden. Eine solche könnte also nur darin erblickt werden, daß der Kläger später, nach Antritt der Stelle eines Direktors der Kuranstalt Schönfels, die thatsächliche Herrschaft über die vertraglich als Pfand bezeichneten Gegenstände erlangt und durch deren Anzeichnung auf seinen Namen dieselben übernommen habe; es könnte hierin, bei fortdauerndem Traditionswillen des Verpfänders, die Vollendung der Besitzübergabe gefunden werden. Allein dies kann nicht als richtig anerkannt werden. In That und Wahrheit wollte der Verpfänder Ravier sich des Gewahrsams der zum Betriebe seiner Kuranstalt dienenden Inventargegenstände nicht entäußern und hat dies nicht gethan. Dieselben wurden nicht etwa in einem dem Kläger zu diesem Zwecke überlassenen, seiner ausschließlichen Herrschaft unterstehenden, Raum untergebracht und durften dies nicht; sie sollten vielmehr fortwährend zum Betriebe der im Namen des Eigenthümers geführten Kuranstalt dienen und wurden auch thatsächlich in dieser Weise durch bestimmungsgemäße Aufstellung in den Zimmern der Gäste u. dergl. verwendet. Wie die übrigen zum Betriebe der Kuranstalt dienenden Möbel u. s. w. verblieben sie daher im Gewahrsam des Eigenthümers, für welchen die Anstalt betrieben wurde und welcher daher die Stücke des Betriebsinventars fortwährend, wenn auch nicht persönlich sondern durch seine Angestellten inne hatte und zu seinen Geschäftszwecken

benutzte. Wenn dem Kläger die Verwahrung der fraglichen Gegenstände oblag, womit für ihn selbstverständlich die thatsächliche Möglichkeit körperlicher Einwirkung auf dieselben geschaffen war, so war dies die Folge seiner vertraglichen Stellung als Angestellter des Eigenthümers; dadurch wurde also der, durch den Direktor wie durch die übrigen Angestellten lediglich ausgeübte, eigene Gewahrsam des Eigenthümers keineswegs ausgeschlossen und nicht bewirkt, daß eine Einwirkung des Eigenthümers vom Kläger als eigenmächtiger Eingriff in seinen Gewahrsam hätte zurückgewiesen werden können. Die Thatsache der Anzeichnung der Gegenstände durch den Kläger ändert hieran nichts; denn dadurch wurde ja nichts daran geändert, daß die bezeichneten Gegenstände fortwährend Inventarstücke des Gewerbes des Eigenthümers blieben, über welche die Verfügungsgewalt grundsätzlich dem Inhaber des Gewerbes und dritten Personen nur als dessen Angestellten zustand. Es liegt in dieser Anzeichnung lediglich der Versuch, die gesetzliche Vorschrift, daß zur Begründung eines Faustpfandes die Entäußerung des Gewahrsams durch den Verpfänder gehört, zu umgehen.

10. Ist danach der Bestand eines Faustpfandrechtes des Klägers wegen mangelnder Besitzübergabe zu verneinen, so muß die gleiche Entscheidung auch bezüglich des eventuell beanspruchten Retentionsrechtes Platz greifen, denn es fehlt eben, nach dem Ausgeführten, an der zur Entstehung eines Retentionsrechtes erforderlichen Verfügungsgewalt. Uebrigens dürfte auch die erforderliche Konnexität zwischen der Forderung und dem Gegenstande der Retention mangeln. Dagegen muß allerdings dem Kläger das Recht gewahrt bleiben gemäß Art. 136 O.-R. die Verrechnung seiner Darlehensforderung gegen die Forderung der beklagten Masse Ravier aus seiner Geschäftsführung als Direktor der Kuranstalt Schönfels geltend zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht

in Abänderung des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Zug,

erkannt:

1. Die Darlehensforderung des Klägers an die beklagte Masse Ravier wird auf 12,190 Fr., der Saldo, welchen der Kläger der

Masse Ravier aus seiner Geschäftsführung als Direktor der Kuranstalt Schönfels schuldet, auf 3295 Fr. 65 Cts. festgesetzt.

2. Dispositiv 2 b des angefochtenen Urtheils ist aufgehoben; dagegen wird den Beklagten und Widerklägern Cavallasca, Wörner, Speck und Hürlimann vorbehalten, den Kläger, sofern ihr Pfändungspfandrecht zu Recht besteht und sie aus den übrigen Pfändern für ihre im Fallimente Ravier geltend gemachten Forderungen nicht gedeckt werden, für den Ausfall bis zum Fakturawerthe der von ihm verbrauchten gepfändeten Weine mit 528 Fr. 35 Cts. zu belangen.

3. Der Kläger hat der Masse Ravier für fehlende Inventarstücke 50 Fr. zu vergüten.

4. Mit ihren übrigen Anträgen sind beide Parteien abgewiesen.

---

107. *Arrêt du 27 Novembre 1891, dans la cause Ludwig contre Dupont-Lachenal et Maurer.*

Statuant et considérant :

En fait :

1° A Genève existait en 1885 une société en commandite, ayant pour but le commerce des plumes et duvets, composée de deux associés, Ch. Ludwig et G. Scheumann, et ayant pour commanditaire le sieur J. Wild, à Londres, intéressé à la maison pour la somme de 90 000 francs.

Par convention du 30 Juin 1885 Ami Maurer, à Genève, entra en qualité d'associé dans la maison Ch. Ludwig et Cie, en remplacement de G. Scheumann.

Cette convention stipule, entre autres, que Ch. Ludwig et A. Maurer auront seuls la signature sociale; que le capital social est formé par la commandite de J. Wild, par l'apport de tout ce que Ch. Ludwig possède dans la maison, soit marchandises, soit débiteurs, et par l'apport de 15 000 francs de A. Maurer. Les comptes de Ch. Ludwig et A. Maurer de-

vaient être établis en compte courant, et jouir d'un intérêt de 5 % l'an.

Pour parfaire le montant de son apport, A. Maurer, par acte sous seing-privé du 15 Janvier 1886, emprunta à Dupont-Lachenal la somme de 5000 francs. Cet acte est libellé comme suit :

« Reconnaissance :

» Je soussigné, reconnais avoir reçu ce jour de Monsieur » Dupont-Lachenal la somme de cinq mille francs pour le terme » de deux ans, laquelle somme je m'engage à lui servir les » intérêts à raison de cinq pour cent l'an et payables par » semestre échu.

» Je déclare en outre que cette somme est versée dans la » caisse de la maison Ch. Ludwig et Cie et ne pourra être » retirée de la dite caisse que pour rembourser Monsieur » Dupont-Lachenal.

» Genève, le 15 Janvier 1886.

» Bon pour cinq mille francs,

» (Signé) A. Maurer. »

Au bas de cet acte se trouve la mention suivante :

« Nous soussignés Ch. Ludwig et Cie reconnaissons avoir » reçu la somme ci-dessus soit cinq mille francs et qu'elle » est à la disposition de M. Dupont-Lachenal à l'échéance » susindiquée, soit le 31 Décembre 1887, ou au cas à la » mort de M. Maurer.

» Genève, le 15 Janvier 1886.

» Bon pour cinq mille francs.

» (Signé) Ch. Ludwig et Cie. »

Au dos de la même reconnaissance ont été mises successivement les deux mentions suivantes :

» Renouvelé dans les mêmes conditions que ci-derrière » pour le terme de deux ans, soit jusqu'au 31 Décembre » 1889.

» Genève, le 1er Janvier 1888.

» (Signé) A. Maurer. (Signé) Ch. Ludwig et Cie.

» Renouvelé dans les mêmes conditions que ci-dessus » pour le terme d'un an, soit jusqu'au 31 Décembre 1890.

» Genève, le 1er Janvier 1890.

» (Signé) A. Maurer. (Signé) A. Maurer-Chapalay. »

Cette dernière signature est celle de la femme du sieur Maurer.

La signature Ch. Ludwig et Cie a été apposée de la main de Ch. Ludwig dans l'acte du 15 Janvier 1886, et de celle de Maurer dans celui du 1er Janvier 1888.

Il est incontesté que la somme de 5000 francs ci-dessus n'a jamais été rendue à Dupont-Lachenal. Maurer ne conteste pas la devoir, mais Ch. Ludwig soutient, en revanche, qu'il n'est point tenu de la rembourser à Dupont-Lachenal.

Par exploit du 9 Juin 1890, Dupont-Lachenal a assigné Ch. Ludwig et Cie, négociants, à Genève, et A. Maurer à comparaître à l'audience du Tribunal de commerce du 16 dit; il concluait à ce qu'il plaise au Tribunal condamner les défendeurs à lui payer solidairement entre eux, avec intérêts légaux dès le 1er Janvier 1890 et dépens, la somme de 5000 francs qu'ils lui doivent.

Ch. Ludwig a conclu à libération, en faisant valoir ce qui suit :

1° Le prêt des 5000 francs en question n'a pas été fait à la société Ch. Ludwig et Cie, mais à Maurer ; la société a simplement pris l'engagement de ne pas rembourser à Maurer son apport jusqu'au 31 Décembre 1887 et de garder jusqu'à cette date, sur les sommes revenant à Maurer, 5000 francs à la disposition de Dupont-Lachenal ; il n'y a donc pas eu de la part de Ludwig et Cie reconnaissance solidaire avec Maurer vis-à-vis de Dupont-Lachenal : celui-ci n'ayant pas encaissé cette somme jusqu'à la prédite date, la société est déliée.

2° Ludwig et Cie pourraient tout au plus être considérés comme caution simple de Maurer, pour un temps déterminé, soit jusqu'au 31 Décembre 1887 ; mais même dans ce cas Dupont-Lachenal serait déchu de tout droit vis-à-vis de

Ludwig et Cie, aux termes de l'art. 502 C. O., Dupont-Lachenal n'ayant pas commencé les poursuites dans les quatre semaines qui ont suivi l'expiration du terme.

3° Le renouvellement de l'engagement fait le 1er Janvier 1888 à l'insu de Ch. Ludwig est radicalement nul à son égard, aux termes de l'art. 561 C. O.; en effet les associés n'ont le droit d'user de la signature sociale que pour les affaires que comporte le but de la société, et la signature donnée abusivement par Maurer, qui contractait ou renouvelait pour son compte personnel, est nulle vis-à-vis des tiers de mauvaise foi, comme Dupont-Lachenal, qui savait que le prêt était fait à Maurer personnellement, et qui aurait dû dès lors soumettre le renouvellement à Ch. Ludwig.

4° Même en admettant que Ludwig et Cie aient été à un moment donné débiteurs solidaires de Dupont, ou cautions de Maurer, il est intervenu, le 1er janvier 1890, une novation par changement de débiteur au profit de Ludwig et Cie en conformité de l'art. 142, § 2 C. O.; en effet Maurer a renouvelé alors l'emprunt vis-à-vis de Dupont-Lachenal, en lui offrant de substituer sa femme à Ludwig et Cie. Dupont-Lachenal a accepté cette substitution, et ne peut dès lors intenter son action à Ludwig et Cie.

Dupont-Lachenal, dans sa réplique, présente les observations dont suit le résumé :

Il résulte de la convention du 15 Janvier 1886 que la somme a bien été prêtée à Maurer, mais remise à la Société Ludwig et Cie, qui peut s'en servir pour les besoins de son commerce, mais est tenue de la rembourser directement à Dupont-Lachenal.

La société est tenue vis-à-vis de Dupont, puisque les associés se sont engagés à ce que la somme de 5000 francs versée dans la caisse sociale ne pourra en être retirée que pour rembourser le dit Dupont-Lachenal. Ils se reconnaissent détenteurs de cette somme, et se sont engagés solidairement à la tenir à disposition du créancier à l'échéance; c'était là un rapport de droit analogue à la situation d'un banquier qui reçoit un dépôt et s'engage à le restituer à l'échéance stipu-

lée, ce qui exclut toute idée de cautionnement. Il ne saurait donc être question d'opposer, à la demande de Dupont-Lachenal, ainsi que Ludwig tente de le faire, la déchéance édictée par l'art. 502 C. O. au profit de la caution.

Le renouvellement du 1er Janvier 1890 ne constitue point une novation libérant Ludwig; Dupont ne l'a jamais reconnu comme valable, puisqu'il n'était pas signé par Ludwig et Cie. Il n'a pu y avoir, d'ailleurs, substitution de débiteur, attendu que Ludwig et Cie étaient dépositaires de la somme prêtée par Dupont, et, en tout cas, l'engagement de la dame Maurer-Chapalay est nul, pour n'avoir pas été autorisé selon les formalités voulues par la loi.

Par jugement du 12 Mars 1891, le Tribunal de commerce, estimant que la Société Ludwig et Cie s'est constituée débitrice de Dupont-Lachenal personnellement, à titre de dépositaire de fonds appartenant au sieur Dupont et qu'elle s'engageait à lui rembourser directement, a condamné solidairement les défendeurs à payer à Dupont-Lachenal la somme de 5000 francs, avec intérêts et dépens; elle a condamné en outre, Maurer à relever et garantir Ludwig de cette condamnation.

Par arrêt du 25 Mai suivant, la Cour de Justice civile, ensuite d'appel de Ch. Ludwig, a confirmé le jugement de première instance, par les motifs ci-après résumés.

Le texte même de la reconnaissance du 15 Janvier 1886 contredit l'allégation de Ludwig, que la société Ludwig et Cie n'aurait pas pris d'autre engagement que celui de ne pas rembourser à Maurer son apport avant le 31 Décembre 1887 et de garder jusqu'à cette date les sommes revenant à Maurer, à concurrence de 5000 francs. Rien dans les termes employés ne permet d'admettre que telle ait été l'intention des parties; tout au contraire, il en résulte que Ludwig et Cie ont pris l'engagement de tenir au bout de deux ans la somme de 5000 francs à la disposition de Dupont-Lachenal.

Cette somme a été versée dans la caisse de la société Ch. Ludwig et Cie, qui l'a employée aux affaires sociales; on ne saurait donc considérer comme un simple cautionnement l'en-

gagement consenti par elle en faveur de Dupont, alors que, comme dans l'espèce, la prétendue caution a encaissé la somme prêtée, et pris personnellement l'engagement de la restituer au prêteur à l'échéance ; cette prétendue caution n'est en réalité qu'un simple codébiteur tenu de l'exécution de l'obligation, conjointement et non subsidiairement, avec son autre débiteur. L'art. 502 C. O. n'est ainsi pas invocable dans le présent cas.

Il est sans intérêt d'examiner la question de savoir si le renouvellement du 1er Janvier 1888 a été valablement fait par Maurer, et si Dupont peut être considéré comme ayant contracté avec lui un acte nul en raison de la mauvaise foi des deux parties ; la solution de cette question ne saurait en effet modifier la nature des engagements pris par Ludwig et Cie le 15 Janvier 1886.

Il n'est pas établi que le renouvellement signé par Maurer et par sa femme le 1er Janvier 1890 ait été accepté par Dupont, qui le conteste formellement : son acceptation n'entraînerait d'ailleurs pas une décharge vis-à-vis de la société Ch. Ludwig et Cie. La novation doit résulter clairement de l'acte. C'est dès lors à juste titre que le Tribunal de commerce a décidé que Ludwig était comme associé indéfiniment responsable de la société Ch. Ludwig et Cie, tenu de la créance que possède contre elle Dupont, et que Maurer a été tenu de relever et garantir Ludwig de cette condamnation.

C'est contre cet arrêt que Ludwig a recouru au Tribunal fédéral, reprenant tous les moyens qu'il a fait valoir devant les instances cantonales, et concluant à ce qu'il plaise à ce tribunal admettre son recours, réformer l'arrêt en question, débouter Dupont-Lachenal de sa demande contre le recourant, et le condamner en tous les dépens ; subsidiairement confirmer le jugement du Tribunal de commerce de Genève du 12 Mars 1891, en tant qu'il a condamné Maurer à relever et garantir Ch. Ludwig des condamnations prononcées contre celui-ci au profit de Dupont-Lachenal, en capital, intérêts et frais.

Dupont-Lachenal a conclu au maintien de l'arrêt attaqué.

Par écriture du 24 Juin 1891, A. Maurer avait également conclu au rejet du recours.

Ch. Ludwig ayant été déclaré en faillite par jugement du Tribunal de commerce de Genève du 13 Août 1891, le juge fédéral délégué, par ordonnance du 1er Octobre suivant, a fixé au syndic de la faillite un délai expirant le 15 dit pour déclarer si elle veut continuer le procès ou si elle veut se désister.

Par écritures des 14 et 17 du même mois, A. Bousquet, syndic de la dite faillite, a déclaré persister dans le recours formé par Ch. Ludwig.

En droit :

2° La compétence du Tribunal fédéral en la cause est hors du doute ; elle n'a pas été d'ailleurs contestée, et toutes les conditions exigées à cet égard par l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale se trouvent réalisées dans l'espèce. En particulier la valeur du litige est certainement supérieure à 3000 francs, puisque la réclamation du demandeur porte sur une somme de 5000 francs, qu'il estime lui être due solidairement par les deux défendeurs.

3° Au fond, l'arrêt dont est recours constate en fait, comme résultant de l'intention commune des parties, que la société Ludwig et Cie a pris l'engagement, par la reconnaissance du 15 Janvier 1886, de tenir à la disposition de Dupont-Lachenal, à l'échéance du 31 Décembre 1887, la somme de 5000 francs, qu'elle déclare avoir reçue.

Si cette constatation de fait, appuyées sur les termes mêmes de l'acte du 15 Janvier ci-dessus, lie le Tribunal fédéral aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire précitée, il n'en est pas de même de l'interprétation de cet engagement par la Cour de justice civile. La fixation du caractère et de la portée juridique de la reconnaissance susvisée apparaît en effet comme une question de droit, dont la solution rentre au premier chef dans la compétence du Tribunal de céans.

A cet égard la Cour de justice civile estime que, par l'engagement pris dans la prédite reconnaissance, Maurer, et

Ludwig, associés de la maison Ludwig et Cie, ont consenti une dette solidaire, à titre de codébiteurs, et que la Société Ludwig et Cie, ayant encaissé la somme objet du prêt, et pris l'engagement de la restituer au prêteur, le sieur Ludwig, en sa qualité d'associé de la raison commerciale Ludwig et Cie, est solidairement responsable au même titre que le sieur A. Maurer.

Cette interprétation va toutefois à l'encontre des termes mêmes de la reconnaissance prérappelée, qui ne parle nullement d'une caution ou d'un codébiteur ; ces termes, de plus, ne sont point identiques en ce qui concerne Maurer, d'une part, et la société Ludwig et Cie, d'autre part.

Tandis en effet que, par l'acte du 15 Janvier 1886, A. Maurer reconnaît avoir reçu de Dupont-Lachenal à titre de prêt la somme de 5000 fr. pour le terme de deux ans, et s'engage à en payer à ce dernier les intérêts, Ch. Ludwig et Cie, en déclarant aussi avoir reçu la somme, se bornent à promettre de la tenir à disposition de Dupont-Lachenal à l'échéance du 31 Décembre 1887. Ludwig et Cie n'ont pas contracté ni reçu l'emprunt solidairement avec Maurer, ce qui ressort des deux formules différentes d'engagement employées, l'une pour Maurer, et l'autre pour Ludwig et Cie. C'est du reste Maurer seul qui devait et a réellement payé les intérêts, et Dupont n'a, d'ailleurs, jamais été porté sur les livres de la société comme créancier de Ludwig et Cie.

Il sort de là que l'engagement pris par Ch. Ludwig et Cie n'est pas indentique avec celui consenti par A. Maurer, qu'il en est au contraire distinct, et ne saurait être interprété extensivement au préjudice de la société.

4° Il est incontestable que le versement des 5000 francs dans la caisse sociale ne peut pas être assimilé à un dépôt, puisque Dupont-Lachenal, qui a prêté cette somme à Maurer ne peut en être resté propriétaire. Dupont est devenu, par le fait de ce prêt, propriétaire de la créance de 5000 francs vis-à-vis de Maurer, mais il ne l'est plus de la somme elle-même, versée par celui-ci à son compte dans la caisse de la société.

L'acte du 15 Janvier 1886 n'apparaît pas davantage comme un cautionnement, puisque l'engagement pris par Ludwig et Cie est direct et non point seulement subsidiaire, c'est-à-dire ne devant pas déployer ses effets que dans le cas où le débiteur principal ne se libérerait pas.

5° La reconnaissance du 15 Janvier 1886 contient bien plutôt un double contrat, à savoir, en premier lieu, un prêt stipulé entre Dupont et A. Maurer, lequel s'oblige à en restituer le capital au bout de deux ans, et à en servir les intérêts à Dupont jusqu'à ce terme, et, en second lieu, un contrat d'assignation ou de délégation, par lequel Maurer, comme assignant, charge la société Ludwig et Cie, comme assignée, de payer à l'assignataire Dupont la somme de 5000 francs dont il s'agit. (C. O. art. 406.) La société Ludwig et Cie a accepté cette assignation et l'a notifiée à l'assignataire Dupont par la reconnaissance du 15 Janvier 1886, dans laquelle elle s'oblige à tenir la somme en question, au 31 décembre 1887, à la disposition de l'assignataire Dupont. Ch. Ludwig en sa qualité d'associé de la maison assignée, est donc tenu directement à cette prestation vis-à-vis de Dupont, sauf son recours contre son coassocié Maurer et ne peut lui opposer que les exceptions résultant de leurs rapports personnels ou du contenu de la délégation, à l'exclusion de celles qui dérivent de ses rapports avec l'assignant (C. O., art. 409).

6° Il est vrai qu'à l'échéance la somme n'a pas été encaissée par Dupont, mais que l'acte du 15 Janvier 1886 a été renouvelé jusqu'au 31 Décembre 1889, sous la signature de Ch. Ludwig et Cie, apposée par l'associé Maurer, et que le recourant Ludwig estime n'être pas lié par cette signature, laquelle n'aurait pas eu pour objet une affaire sociale (C. O., 561).

Ce moyen est toutefois inadmissible. L'exception consistant à dire qu'en signant le dit renouvellement Maurer a agi dans son intérêt particulier, et non dans celui de la raison sociale, peut être opposée, de ce chef, à l'associé qui aurait commis l'abus prétendu, mais pas à un tiers de bonne foi, comme Dupont, lequel, lors du renouvellement du 1er Janvier 1888,

devait admettre que celui-ci avait eu lieu dans les mêmes conditions que l'acte lui-même, attendu que Maurer était en possession de la signature sociale, et pouvait ainsi valablement engager la société. Celle-ci est donc tenue de reconnaître la validité du renouvellement en question.

7° La reconnaissance du 15 Janvier 1886 a été l'objet d'un second renouvellement, le 1er Janvier 1890, pour une année, sous la signature de A. Maurer et de sa femme A. Maurer-Chapalay, et, pour échapper à la responsabilité de ce renouvellement, le recourant oppose qu'il implique une novation, par substitution à Ch. Ludwig de la dame Maurer, ce qui doit avoir pour effet la libération du dit Ludwig.

Ce moyen ne peut être davantage accueilli. Dans une constatation de fait liant le Tribunal fédéral, la Cour de justice civile déclare en effet qu'il n'est point établi que ce deuxième renouvellement ait été accepté par Dupont. Abstraction faite de cette circonstance, l'existence d'une novation ne saurait être déduite du fait de la signature de la dame Maurer apposée sur le prédit acte ; la novation ne se présume point, et, pour qu'il soit possible de l'admettre dans l'espèce, il faudrait qu'elle résultât clairement de la volonté de toutes les parties. Or rien ne permet de présumer qu'elles aient voulu, par la dite signature, substituer la dame Maurer au débiteur Ludwig, et qu'en particulier Dupont ait consenti à libérer ce dernier en considération de la nouvelle garantie offerte par dame Maurer.

8° Dupont n'ayant toutefois pas encaissé le montant de sa créance avant l'échéance du 31 Décembre 1889, il y a lieu de rechercher si la société Ludwig et Cie était tenue, au delà de ce terme, au paiement de la somme en litige.

A cet égard il y a lieu de remarquer d'abord qu'il n'est point établi, et qu'il n'a pas même été allégué que Ludwig et Cie auraient restitué les 5000 francs à Maurer après le 31 Décembre 1889, d'où il faut conclure que la société a conservé en mains cette somme, avec l'autorisation de Maurer, pour la faire servir au remboursement de la créance de Dupont. D'ailleurs ni Ludwig et Cie, ni Maurer ne se sont livrés,

vis-à-vis de Dupont, à aucune démarche qui puisse justifier une autre conclusion.

Il est vrai que l'obligation de la société, aux termes de la reconnaissance du 15 Janvier 1886, consistait seulement à tenir la dite somme à disposition du créancier Dupont à l'échéance convenue, c'est-à-dire à la lui restituer, sur sa demande, à la dite échéance (dette quérable).

Il ne suit néanmoins pas de là que, par l'omission de Dupont d'opérer l'encaissement de sa créance au terme fixé, la société ait été libérée définitivement, puisque la seule non-observation du terme ne saurait avoir pour effet d'éteindre la dette elle-même, c'est-à-dire l'obligation, assumée par Ludwig et Cie, de tenir la somme en question à la disposition de Dupont-Lachenal. Aux termes du C. O. une semblable omission n'avait pas d'autres conséquences que celle attachée par la loi à la situation d'un créancier en demeure, et encore, pour que ces conséquences se produisissent, était-il nécessaire que le créancier Dupont, lequel avait omis d'encaisser à l'échéance la somme à sa disposition, ait été préalablement mis en demeure, par le débiteur, d'y procéder, afin, le cas échéant, de constater juridiquement son refus. (C. O. art. 106.) C'est à partir de ce moment seulement que la société eût pu se libérer de son obligation, soit en consignant la somme due, aux frais et risque du créancier (*ibid.* art. 107), soit en la versant en main de Maurer.

Or dans le cas actuel aucune mise en demeure n'est émanée de la société Ludwig et Cie vis-à-vis de Dupont ; les choses sont demeurées en l'état, de part et d'autre, d'où il résulte que l'engagement pris par la dite société ne s'est point modifié, et doit continuer à sortir ses effets.

9° L'arrêt de la Cour de justice civile devant être, ensuite de ce qui précède, maintenu dans son dispositif, la conclusion subsidiaire du recourant, tendant à ce que Maurer soit condamné à relever et garantir Ludwig des condamnations prononcées contre celui-ci, tombe, puisque l'arrêt de la dite Cour confirmant le jugement du Tribunal de commerce du 12 mars 1891, fait droit implicitement à la conclusion prémentionnée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est rejeté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de justice civile de Genève, le 25 Mai 1891, est maintenu, dans le sens des considérants qui précèdent, tant au fond que sur les dépens.

---

108. Urtheil vom 11. Dezember 1891 in Sachen Price gegen Wulff.

A. Durch Urtheil vom 26. September 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte Pierre Price ist schuldig, an den Kläger 3000 Fr. Konventionalstrafe zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte Pierre Price die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er den Antrag anmeldete:

1. Es sei die Klage des Ed. Wulff, Cirkusbesitzer, gänzlich abzuweisen, eventuell

2. Es sei die klägerische Forderung auf den Betrag von 400 Fr. zu reduziren.

Auf Vertretung bei der heutigen Verhandlung hat der Beklagte laut telegraphischer Anzeige seines Anwaltes verzichtet, indem er erklärt, sich auf Akten und Protokoll zu berufen und nova zu bestreiten.

Der Anwalt des Klägers trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ist folgendes hervorzuheben: Am 18. November 1889 wurde durch Vermittlung des Impresario Theuret in Paris ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen, wonach der (damals in Budapest sich aufhaltende) Cirkusbesitzer Eduard Wulff die Brüder Pierre, John, Franz und Eugen

Price (welche damals in Frankfurt am Main angestellt waren) gegen ein Gehalt von 2500 Fr. per Monat als musikalische Clowns angagirte. Die Vertragsdauer wurde auf 3 Monate vom 1. September 1890 an festgesetzt und es behielt sich Wulff die Verlängerung des Engagements durch einen Monat vorher zu machende Anzeige vor. Es wurde eine feste Reiseentschädigung von 200 Fr. versprochen, in der Meinung, daß die nöthige Reisezeit von Budapest nach Belgien nicht bezahlt werde. In Art. 7 des Vertrages ist bestimmt: Il est bien entendu que la direction n'est pas responsable des accidents pouvant survenir pendant le cours des représentations des artistes ni des conséquences résultant des lois existantes et ordonnances de la Préfecture de Police concernant les exercices exécutés par les artistes. Die Brüder Price erwählten Domizil in Budapest. Für Bruch des Vertrages wurde beidseitig ein Reugeld (dédite) von 3000 Fr. festgesetzt. Der Vertrag wurde seitens der Brüder Price einzig von dem ältesten derselben, Pierre Price, unterzeichnet. Die Brüder Price traten ihre Stellung nicht an. Am 5. August 1890 schrieb vielmehr Pierre Price an Wulff, sie haben soeben von einem Anverwandten in Brüssel die Nachricht erhalten, es sei in ganz Belgien strengstens (bei einer Strafe bis 250 Fr.) untersagt, Kinder unter 16 Jahren öffentlich auftreten zu lassen; da nun Wulff ihres Wissens auch nach Brüssel reise und der jüngste Bruder Price erst $12\frac{1}{2}$ Jahre alt sei, sie aber ohne diesen nicht arbeiten können, so sehen sie sich veranlaßt, von § 7 des Vertrages Gebrauch zu machen und betrachten die gegenseitigen Verpflichtungen als aufgehoben. Wulff ließ diesen Brief unbeantwortet. Dagegen erwirkte er, nachdem die Brüder Price beim Cirkus Herzog in Dienst getreten und mit diesem nach Zürich gekommen waren, dort gegen dieselben Arrest und belangte sie hernach auf Bezahlung der Konventionalstrafe von 3000 Fr. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) wies die Klage gegenüber Franz, John und Eugen Price ab; der Vertrag sei für dieselben nicht rechtsverbindlich, da nicht nachgewiesen sei, daß Pierre Price, welcher denselben einzig unterzeichnet habe, zum Abschluß desselben für seine Brüder ermächtigt gewesen sei; es sei nicht dargethan, daß der (mehrjährige) Franz Price den Pierre

Price zum Vertragsabschlusse ermächtigt habe, noch daß letzterer familienrechtlicher Stellvertreter der beiden minderjährigen Brüder John und Eugen sei. Dagegen erklärte das Bezirksgericht die Klage gegenüber dem Beklagten Pierre Price für begründet. Gegen dieses Urtheil ergriff einzig der Beklagte Pierre Price die Appellation an das kantonale Obergericht. Dieses hat durch sein Fakt. A erwähntes Urtheil die erstinstanzliche Entscheidung ihm gegenüber bestätigt.

2. In rechtlicher Beziehung muß sich in erster Linie fragen, ob das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent sei. Es hängt dies, da der gesetzliche Streitwerth unzweifelhaft gegeben ist, davon ab, ob eidgenössisches und nicht vielmehr ausländisches Recht anwendbar ist. Die Vorinstanz geht in dieser Richtung davon aus, sowohl nach dem muthmaßlichen Parteiwillen, wie er aus der Domizilserwählung der Beklagten sich ergebe, als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die örtliche Rechtsanwendung bei Obligationen, wäre an sich das Recht des zunächst in Aussicht genommenen Erfüllungsortes (Ungarn respektive Budapest) als maßgebend zu betrachten. Allein das Gericht besitze nun keinerlei sichere Kenntniß vom Inhalte des ungarischen Rechts und sei daher nicht in der Lage, dasselbe von Amteswegen anzuwenden. Es wäre daher, gemäß Art. 289 des kantonalen Rechtspflegegesetzes, Sache der Parteien gewesen, wenn sie dasselbe zur Anwendung gebracht wissen wollen, dem Richter den Inhalt des ungarischen Rechtes nachzuweisen; da dies von keiner Seite geschehen sei und es auch an genügenden Beweisanerbieten mangle, so bleibe nichts anderes übrig, als den Fall nach einheimischem Rechte zu beurtheilen. Es ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß an sich ausländisches (ungarisches) Recht zur Anwendung käme. In der That deutet hier alles darauf hin, daß die Parteien beim Vertragsabschlusse das ungarische Recht als maßgebend betrachtet haben; denn in Ungarn wohnte damals der Kläger, dort erwählten die Beklagten Domizil und dort sollte mit der Erfüllung des Vertrages begonnen werden. Wenn nun aber die Vorinstanz nichtsdestoweniger eidgenössisches Recht deßhalb anwendet, weil sie vom Inhalte des ungarischen Rechts keine sichere Kenntniß habe, so muß dies auch für das Bundesgericht maß-

gebend sein. Denn die sachbezügliche Entscheidung der Vorinstanz beruht auf der, zweifellos gültigen, mit keinem Grundsatze des eidgenössischen Privatrechts unvereinbaren, prozeßualischen Vorschrift des kantonalen Rechtspflegegesetzes, daß der Richter fremde Gesetze, da wo solche nach den Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung kommen, allerdings von Amteswegen zu beachten habe, allein nur dann, wenn er sichere Kenntniß von deren Inhalt besitzt, während es Sache der Partei, welche sich auf fremdes Recht beruft, ist, nöthigenfalls dem Richter dessen Inhalt nachzuweisen.

3. In grundsätzlicher Beziehung hat der Beklagte der Klage die Einwendungen entgegengestellt, der Kläger habe durch sein Stillschweigen auf den Brief vom 5. August 1890 auf den Anstellungsvertrag und damit auf die Konventionalstrafe verzichtet und es sei wegen des in Belgien bestehenden Prohibitivgesetzes gegen öffentliches Auftreten von Kindern unter 16 Jahren die Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden. Beide Einwendungen sind unbegründet. Aus dem Stillschweigen des Klägers auf den Brief vom 5. August 1890 — und etwas weiters liegt nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanzen nicht vor — folgt offenbar nicht, daß derselbe mit dem vom Beklagten vollzogenen Bruch des Vertrages sich einverstanden erklärt und auf die vertraglich festgestellte Konventionalstrafe verzichtet habe. Besondere Momente, welche sein Stillschweigen zu einem konkludenten gestalten würden, sind nicht dargethan. Die zweite Einwendung sodann erscheint schon deßhalb als unbegründet, weil ihre thatsächliche Unterlage nicht erwiesen ist. Nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz nämlich ist nur erwiesen, daß in Belgien das öffentliche Auftreten von Kindern unter 14 Jahren verboten ist, während die Ausdehnung dieses Verbotes auf Kinder im Alter von 14—16 Jahren weder erwiesen noch in genügender Weise zum Beweise verstellt sei; im Fernern steht durch die Erklärung des beklagtischen Vertreters vor zweiter Instanz fest, daß der jüngste der Brüder Price mit Neujahr 1891 das sechszehnte Altersjahr zurückgelegt, also zur maßgebenden Zeit das vierzehnte Altersjahr jedenfalls überschritten hatte. Eher hätte sich fragen können, ob nicht der Forderung auf Bezahlung der Konventio-

nalstrafe entgegengehalten werden könne, nachdem der Vertrag für drei der Brüder Price nicht verbindlich sei, gelte er, da eben die vier Brüder zusammen, zum Zusammenarbeiten, haben angestellt werden sollen, auch für den gegenwärtigen Beklagten nicht, wo denn nur etwa von einer Schadenersatzforderung gegen den Beklagten, weil dieser sich fälschlich als Bevollmächtigter seiner Brüder gerirt habe, die Rede sein könnte. Allein der Beklagte hat sich auf diesen Standpunkt nicht gestellt; es ist daher anzunehmen, er anerkenne, die Garantie dafür übernommen zu haben, daß seine Brüder den Vertrag halten werden.

4. Wenn schließlich der Beklagte Reduktion der Konventionalstrafe als einer übermäßigen gestützt auf Art. 182 O.-R. verlangt hat, so ist dieses Begehren in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen zu verwerfen. Von der in Art. 182 O.-R. dem Richter eingeräumten Berechtigung ist nur dann Gebrauch zu machen, wenn die stipulirte Strafe in gar keinem Verhältnisse zu der Bedeutung der Vertragsverletzung mehr steht und damit die Grenzen der Billigkeit und Gerechtigkeit augenscheinlich überschreitet; würde darin weiter gegangen, so würden entgegen der klaren Absicht des Gesetzes die Parteien gehindert, durch Vereinbarung scharfer Konventionalstrafen einen wirksamen Ansporn zu pünktlicher Erfüllung von Vertragsverbindlichkeiten zu setzen. Im vorliegenden Falle nun hat die stipulirte Strafe von 3000 Fr. nichts übermäßiges, wenn einerseits die Höhe der vereinbarten Monatsbesoldung, andrerseits der empfindliche Nachtheil erwogen wird, welcher dem Kläger daraus erwachsen mußte, daß ihm in Folge des Vertragsbruches der Gebrüder Price ein zugkräftiges Element für seine Vorstellungen abging und er sogar während einiger Zeit der Mitwirkung von Clowns gänzlich entbehrte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Apellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 26. September 1891 sei Bewenden.

109. Urtheil vom 11. Dezember 1891 in Sachen Rosenthal gegen Weniger.

A. Durch Urtheil vom 22. Oktober 1891 hat das Bezirksgericht Laufenburg erkannt:

Der Einspruchskläger wird mit beiden Einspruchsbegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil (sowie das demselben vorangegangene Beweisurtheil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 15. Juni 1891) ergriff der Kläger, indem er im Einverständnisse mit der Beklagten die zweite Instanz umging, die Weiterziehung an das Bundesgericht, wobei er die Anträge anmeldete, das Bundesgericht wolle in Abänderung des Entscheides des Bezirksgerichtes Laufenburg und des aargauischen Obergerichtes erkennen:

1. Die von der „Konkordia" Kölnische Lebensversicherungsgesellschaft auf Grund der Police Nr. 86 752 der Beklagten ausbezahlte Versicherungssumme von 4872 Fr. 50 Cts. werde als Bestandtheil der Liquidationsmasse des Schneider Johann Zumsteg sel. erklärt.

2. Die Beklagte werde grundsätzlich verurtheilt die von der Konkordia erhaltenen 4872 Fr. 50 Cts. sammt Zins à 5% in die Liquidationsmasse einzubezahlen; sie habe demnach zu gestatten, daß die von ihr bei der Kreishypothekenbank in Lörrach deponirten 4000 Fr. sammt Zins auf Rechnung der 4872 Fr. 50 Cts. von der Liquidationsbehörde zu Handen der Liquidationsmasse bezogen werden.

C. Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt des Klägers die von ihm schriftlich angemeldeten Anträge aufrecht. Der Anwalt der Beklagten dagegen bestreitet in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes; eventuell trägt er auf Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Thatsächlich ist von den Vorinstanzen folgendes festgestellt: Die Beklagte Lina Weniger, Fabrikarbeiterin in Laufenburg, war mit dem Schneider Johann Zumsteg in Laufenburg verlobt und wohnte bereits mit ihm zusammen; in wenigen Wochen sollte die

Hochzeit stattfinden. Während des Brautstandes versicherte Johann Zumsteg sein Leben zu Gunsten von Frau und allfälligen Kindern für den Betrag von 5000 Fr. Im Beisein des Versicherungsagenten, welcher ihm die Police überbrachte, händigte Zumsteg dieselbe der Lina Weniger ein, mit den Worten: „Das ist jetzt dein Eigenthum, möchte passiren, was da wollte, so hast du doch etwas." Lina Weniger hat auch, da Zumsteg gerade kein Geld besaß, die erste Prämie bezahlt. Noch am gleichen Tage, an welchem die Police ausgehändigt wurde, fand Zumsteg beim Baden im Rheine durch einen unglücklichen Zufall den Tod. Die berufenen Erben haben seine Erbschaft ausgeschlagen und es wurde daher über seinen Nachlaß die gerichtliche Liquidation verhängt. Lina Weniger hat die Lebensversicherungspolice nicht in die Liquidationsmasse abgeliefert, sondern für sich beansprucht und es ist ihr als Inhaberin der Police die Versicherungssumme von der Versicherungsgesellschaft ausbezahlt worden. In der Liquidation über den Nachlaß des J. Zumsteg hat der Kläger Leonhard Rosenthal eine Forderung von 1519 Fr. 40 Cts. angemeldet. Derselbe hat gegen Lina Weniger die aus Fakt. B ersichtlichen Begehren gestellt, indem er behauptete, die Lebensversicherungssumme gebühre nicht der Lina Weniger, sondern habe in die Masse zu fallen.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist von der Beklagten deßhalb bestritten worden, weil nicht eidgenössisches sondern kantonales Recht anwendbar sei. Diese Einwendung ist unbegründet. Streitig ist, ob die Berechtigung zum Bezuge der Lebensversicherungssumme der Beklagten zustehe oder ob die Versicherungssumme zur Masse des Versicherungsnehmers J. Zumsteg gehöre. Diese Frage ist nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen. Denn es bestehen im Kanton Aargau keine hier anwendbaren kantonalrechtlichen Spezialbestimmungen über den Versicherungsvertrag und es sind daher, wie das Bundesgericht schon häufig ausgesprochen hat, die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechtes auch für den Versicherungsvertrag maßgebend. Wenn der Anwalt der Beklagten eingewendet hat, darüber, was zur Konkursmasse zu ziehen sei, entscheide nicht das eidgenössische sondern das kantonale Recht, so ist darauf zu erwidern, daß es sich hier nicht darum handelt, ob ein Vermögensstück des Kridaren zur Konkursmasse

zu ziehen sei (wofür allerdings kantonales Recht maßgebend wäre) sondern vielmehr darum, ob die Lebensversicherungssumme überhaupt zum Nachlasse des Kridaren gehöre oder ob vielmehr das Recht auf dieselbe der Beklagten zustehe, weil der Lebensversicherungsvertrag zu ihren Gunsten abgeschlossen oder, wie eventuell behauptet wurde, die Police ihr gültig abgetreten worden sei. Hiefür aber ist nicht kantonales Konkursrecht, sondern sind die Grundsätze des Obligationenrechtes über Verträge zu Gunsten Dritter eventuell über Abtretung von Forderungen maßgebend. Zweifelhafter könnte eher erscheinen, ob in concreto der gesetzliche Streitwerth gegeben sei. Es könnte eingewendet werden, die Masse, die Gläubigerschaft des Kridaren, habe Anspruch auf die Versicherungssumme doch nur insoweit, als dieselbe zu Befriedigung der Gläubiger erforderlich sei und nun erfordere die vollständige Befriedigung der sämmtlichen Gläubiger (wie aus den Akten sich ergibt) in concreto nicht die ganze Versicherungssumme sondern nur einen Betrag von circa 2000 Fr. Allein es ist doch auch der gesetzliche Streitwerth für gegeben zu erachten. Gefordert ist die Einwerfung der gesammten Versicherungssumme; nach den Begehren der klägerischen Partei ist also der gesetzliche Streitwerth gegeben und es hat denn übrigens auch die Beklagte ihrerseits nicht bestritten, daß sie eventuell den vollen Betrag der Versicherungssumme in die Masse einzuwerfen habe.

3. In der Sache selbst ist der vorinstanzlichen Entscheidung beizutreten. Die kantonalen Gerichte, sowohl das Bezirksgericht Laufenburg in seinem angefochtenen Endurtheile als bedingterweise auch das Obergericht des Kantons Aargau in seinem Beweisurtheile, stellen gestützt auf die Beweisaufnahme fest, der Kridar habe sein Leben zu Gunsten der Beklagten versichert, mit der er verlobt gewesen und die er als seine zukünftige Ehefrau betrachtet habe. Hierin liegt eine Feststellung des Parteiwillens beim Vertragsschlusse, welcher ein Rechtsirrthum nicht zu Grunde liegt und welche daher für das Bundesgericht verbindlich ist. Allerdings sind nach dem Wortlaute der Police als Begünstigte „Frau und allfällige Kinder" bezeichnet. Allein die kantonalen Gerichte stellen nun eben, indem sie neben dem Wortlaute der Police in zuläßiger Weise (Art. 16 O.-R.) auch anderweitige Momente der In-

terpretation berücksichtigen, fest, daß im Sinne beider Kontrahenten unter der Bezeichnung „Frau" die Beklagte, trotzdem sie noch nicht die Ehefrau, sondern erst die Braut des Versicherungsnehmers war, in ihrer Eigenschaft als Braut, gemeint gewesen sei. Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich. Ist aber danach der Versicherungsvertrag zu Gunsten der Beklagten abgeschlossen worden, so hat diese, da die Absicht der Parteien offenbar hierauf gerichtet war, zufolge des Versicherungsvertrages mit dem Tode des Versicherungsnehmers ein eigenes, selbständiges und unwiderrufliches Recht auf den Bezug der Versicherungssumme erworben, kraft dessen sie deren Ausbezahlung zu fordern berechtigt war (Art. 128 O.-R.). Einer Abtretung der Police an sie bedurfte es danach nicht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Bezirksgerichtes Laufenburg sein Bewenden.

---

110. Urtheil vom 12. Dezember 1891 in Sachen Stahl gegen Weiß-Boller.

A. Durch Urtheil vom 26. September 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, sich fernerhin des Gebrauches der Bezeichnung „Bollerei" für seine Speisewirthschaft an der Schiffländе Nr. 26 in Zürich zu enthalten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei die Klage des gänzlichen abzuweisen. Dagegen beantragt der Vertreter der Klagepartei: Es sei die gegnerische Weiterziehung zu verwerfen, eventuell es sei der Beweis darüber zuzulassen, daß:

1. Im Jahre 1882 zwischen der Eigenthümerin des Hauses

zum rothen Kopf und Frau Weiß-Boller die Vereinbarung getroffen worden sei, daß die Bezeichnung „Bollerei" vom Hause zu entfernen sei, wenn jemals die Familie Boller den Wirthschaftsbetrieb dort aufgebe;

2. Daß Fräulein Friederike Boller während mehreren Jahren in der Wirthschaft Aushülfe geleistet habe.

Als Zeugen benennt er Pauline Germann, gewesene Köchin bei Frau Weiß-Boller und Traugott Thuli-Bienz zur Kronenhalle. Die Sache sei zu Erhebung und Beurtheilung der angetragenen Beweise an die kantonale Instanz zurückzuweisen, eventuell möge das Bundesgericht die Beweise selbst beurtheilen. Im Fernern produzirt er Belege dafür, daß die Gegenpartei die Prozeßkosten bezahlt und mit der Urtheilsvollstreckung begonnen habe, woraus sich ergebe, daß sie das kantonale Urtheil anerkannt habe. Der Anwalt des Beklagten bestreitet letzteres und bestreitet die klägerischen Beweisanerbieten als verspätet und unerheblich.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In dem Hause „zum rothen Kopf" an der Schifflände Nr. 26 in Zürich hatten J. J. Boller, alt Kriminalrichter, und nach dessen Tode seine Töchter, zunächst Frau Bontobel-Boller, hernach Frau Weiß-Boller, (als Miether) eine Wirthschaft unter dem Namen „Café Boller" betrieben. Da das Lokal im Publikum unter dem Namen „Bollerei" bekannt war, wurde bei einer im Jahre 1882 ausgeführten Hauptreparatur des Hauses diese Bezeichnung in goldenen Buchstaben zwischen dem ersten und zweiten Stockwerke angebracht. Im März 1891 wurde das Haus von der Eigenthümerin an den gegenwärtigen Beklagten M. Stahl veräußert, welcher dort selbst eine Wirthschaft betreiben wollte. Frau Weiß-Boller hatte auf ein ihr vertraglich zustehendes Vorkaufsrecht verzichtet, immerhin unter Wahrung aller Rechte hinsichtlich des Namens „Bollerei". Sofort nach ihrem Auszuge aus dem Hause verlangte sie denn auch, daß Stahl verpflichtet werde, sich der Führung jenes Namens zu enthalten. Stahl bestritt dieses Begehren; es wurde indeß dasselbe in beiden Instanzen gutgeheißen. Während des Schwebens des Prozesses in der Appellationsinstanz ist die ursprüngliche Klägerin Frau Weiß-Boller gestorben; an ihrer Stelle haben als ihre Erbinnen ihre

Nichten Friederike und Louise Boller (Töchter eines verstorbenen Sohnes des alt Kriminalrichter Boller) den Prozeß aufgenommen.

2. Die Entscheidung der Vorinstanz stützt sich im Wesentlichen auf folgende Gründe: In der Theorie sei bestritten, ob der persönliche Name als solcher den Gegenstand eines Privatrechtes bilde; auch sei zu bemerken, daß die Klägerin durch ihre Verheirathung ihren angeborenen Namen (Boller) verloren und dafür denjenigen ihres Ehemannes erworben habe und die übliche Beifügung des Frauennamens zum Geschlechtsnamen des Mannes rechtlich gleichgültig sei. Es möge daher dahin gestellt bleiben, ob die Klägerin rechtlich als Trägerin des Namens Boller anzusehen und schon aus diesem Grunde mit ihrer Klage zu schützen sei. Entscheidend dagegen falle in Betracht, daß der Name „Bollerei" seit vielen Jahren als Geschäftsbezeichnung für die ursprünglich vom Vater der Klägerin und später von ihr betriebene Wirthschaft gebraucht worden sei und sich als solche beim Publikum eingebürgert habe. Die Behauptung des Beklagten, daß dieser Name zur Bezeichnung des Hauses (zum rothen Kopf) gewählt worden sei, sei entschieden unrichtig. In der Benutzung einer derartigen Geschäftsbezeichnung seitens eines dazu nicht berechtigten Dritten liege ein Akt unerlaubter Konkurrenz, welcher nach Art. 50 und 55 O.-R. den dadurch Verletzten berechtigte, den Schutz der Gerichte auch durch eine bloße, auf Abwendung drohenden Schadens gerichtete, Präjudizialklage anzurufen. Die Klägerin oder nunmehr deren Erben haben auch ein rechtliches Interesse daran, den Beklagten an der Benutzung des Namens „Bollerei" zu verhindern. Zur Zeit der Anhebung der Klage, welche hiefür maßgebend bleiben müsse, habe die Klägerin offenbar noch beabsichtigt, wieder eine Wirthschaft unter dem Namen „Bollerei" zu eröffnen. Dies ergebe sich aus einer von ihr im Tagblatt der Stadt Zürich veröffentlichten Anzeige. Sie habe daher jedenfalls ein Interesse daran gehabt, daß diese Bezeichnung nicht inzwischen von einem Andern gewählt und gebraucht werde. Aber auch abgesehen hievon, erscheine das Interesse der Klägerin, wie auch ihrer Angehörigen (Erben) als ein berechtigtes, daß der Name „Bollerei", der auf die längjährige Führung der Wirth-

schaft durch die Familie Boller hindeute, nicht von einem beliebigen Dritten fortgeführt und dadurch beim Publikum der Glaube erweckt werde, die Wirthschaft befinde sich immer noch in den Händen der Familie Boller.

3. In rechtlicher Beziehung kann die Beschwerde des Beklagten nicht als zufolge Anerkennung des angefochtenen Urtheils verwirkt erachtet werden. Verzicht auf ein Rechtsmittel ist nur dann anzunehmen, wenn der Verzichtswille unverkennbar ausgesprochen ist. Dies kann nun hier doch nicht gesagt werden.

4. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist nicht bestritten; sie ist auch gegeben. Denn die Sache ist nach eidgenössischem Recht zu beurtheilen und auch der gesetzliche Streitwerth darf als gegeben erachtet werden. Die Klage macht nicht einen Entschädigungsanspruch geltend, sondern sie verlangt, daß dem Beklagten die Befugniß zum Gebrauche der Bezeichnung „Bollerei" für seine Speisewirthschaft abgesprochen und ihm aufgegeben werde, von der Störung des klägerischen Rechtes, wie sie im Gebrauche dieser Bezeichnung liege, in Zukunft abzulassen. Das Recht, dessen Anerkennung und Schutz damit verlangt wird, ist von vermögensrechtlicher Bedeutung; wenn auch eine Abschätzung desselben in Geld nur annähernd möglich ist, so darf doch, zumal keine Partei eine Einwendung hiegegen erhoben hat, angenommen werden, der Werth desselben übersteige den Betrag von 3000 Fr.

5. In der Sache selbst ist nach den Feststellungen der Vorinstanz thatsächlich davon auszugehen, daß der Name „Bollerei" weder das Haus zur Schiffländе Nr. 26 noch das dortige Wirthschaftslokal als solches, abgesehen von der Person des Wirthes, sondern daß er die von der Familie Boller betriebene Wirthschaft bezeichnet. Der Name „Bollerei" qualifizirt sich also als Geschäftsbezeichnung, als Bezeichnung der bisher von der Familie Boller betriebenen Wirthschaft. Wie nun das Bundesgericht bereits in der Entscheidung in Sachen Christen-Kesselbach gegen Danioth grundsätzlich anerkannt hat, sind nach dem Obligationenrecht nicht nur die Firmen sondern ist auch die Geschäftsbezeichnung (speziell das Gasthofschild) rechtlich geschützt, so daß der Geschäftsinhaber berechtigt ist, Dritten zu verbieten, für ein gleiches Geschäft am gleichen Orte die gleiche oder eine täuschend ähnliche

Geschäftsbezeichnung zu führen. Hieran ist durchaus festzuhalten. Wenn auch die gewerbliche Konkurrenz, selbst wenn sie in scharfer und rücksichtsloser Weise geübt wird, an sich durchaus erlaubt ist, so wird sie doch zu einer widerrechtlichen dann, wenn der Mitbewerber den Ruf, welchen ein anderer Gewerbetreibender sich erworben hat, für sich auszubeuten sucht, indem er durch Gebrauch der gleichen oder einer täuschend ähnlichen Geschäftsbezeichnung den Schein erweckt, als sei sein Geschäft mit demjenigen des andern identisch oder die Fortsetzung desselben u. dergl. Hier liegt ein Eingriff in die Rechtssphäre des Geschädigten vor; dieser hat durch erlaubten Gebrauch ein Recht auf die von ihm verwendete Geschäftsbezeichnung erworben, welches nicht dadurch verletzt werden darf, daß deren unterscheidende, individualisirende Kraft durch konfundirende Verwendung seitens Dritter geschwächt wird. Danach erscheint die Klage als begründet. Wenn nämlich der Beklagte eingewendet hat, daß die Bezeichnung „Bollerei" als mit dem Hause verbunden vom Eigenthümer auf ihn übertragen worden sei, so erscheint dies als unrichtig. Allerdings kann unter Umständen das Recht auf die Geschäftsbezeichnung, welche für ein in gemietheten oder gepachteten Lokalitäten betriebenes Geschäft gebraucht wird, nicht dem Miether oder Pächter sondern dem Hauseigenthümer zustehen. Allein die Regel bildet dies keineswegs; in der Regel steht vielmehr das Recht auf die Geschäftsbezeichnung demjenigen zu, welcher das Geschäft betreibt, dem Pächter oder Miether (hierüber die Entscheidungen, welche in Pataille, Annales, Table générale des volumes 1 à 32 s. v. Enseigne, insbesondere Nr. 25 u. ff. angeführt sind). Nur unter besondern Verhältnissen gilt das Gegentheil. Derartige besondere Umstände sind nun hier nicht dargethan sondern gegentheils durch die thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ausgeschlossen. Sollte dem Beklagten etwa seitens seines Verkäufers zugesichert worden sein, daß er die bisherige Geschäftsbezeichnung fortgebrauchen dürfe, so konnte ihm daraus nicht ein Recht gegenüber der Klägerin, vielmehr nur etwa ein Anspruch gegenüber dem Verkäufer erwachsen. Wenn im Fernern eingewendet worden ist, es könne hier von einer Verletzung eines klägerischen Rechtes an einer Geschäftsbezeichnung schon deßhalb keine Rede sein,

weil die Klagepartei gar kein Geschäft mehr betreibe und daher die streitige Bezeichnung „Bollerei" auch nicht mehr verwende, so ist darauf zu erwidern: Das ausschließliche Recht auf eine Geschäftsbezeichnung als solche geht allerdings unter, wenn der Berechtigte seinen Geschäftsbetrieb definitiv aufgegeben d. h. wenn er die Absicht, ein ähnliches Geschäft wieder zu eröffnen, aufgegeben hat. Dagegen bleibt dieses Recht bestehen, wenn nicht eine solche definitive Aufgabe des Geschäftsbetriebes vorliegt, sondern dieser nur zeitweise unterbrochen worden ist, dagegen die Absicht besteht, ihn später wieder aufzunehmen. In concreto nun liegt letzterer Thatbestand vor. Denn die Vorinstanz geht, in für das Bundesgericht verbindlicher Weise, davon aus, daß für die Entscheidung die Sachlage zur Zeit des Prozeßbeginnes maßgebend sei und stellt fest, daß zu dieser Zeit die ursprüngliche Klägerin noch die Absicht gehabt habe, wieder eine Wirthschaft unter dem Namen „Bollerei" zu eröffnen.

6. Ist danach schon au sdiesem Grunde die Klage gutzuheißen, so fällt des weitern noch in Betracht: Die Bezeichnung „Bollerei" weist auf die Familie des alt Kriminalrichter Boller hin, welcher die Kläger, sowohl die ursprüngliche Klägerin als die an deren Stelle getretenen Erbinnen derselben, angehören; sie ist aus dem Namen dieser Familie gebildet und deutet an, daß die Wirthschaft von dieser Familie betrieben werde. Dem Beklagten steht irgend welches Recht auf Gebrauch des Namens Boller nicht zu. Nun gewährt Art. 876 O.-R. demjenigen, der durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, das Recht, den Unberechtigten auf Unterlassung der weitern Führung der Firma und auf Schadenersatz zu belangen. Dieses Recht ist nicht nur einem Firmenberechtigten, dessen Firma ein Dritter sich anmaßt, gegeben, sondern es steht auch bei Anmaßung eines bürgerlichen, gar nicht als Firma verwendeten Namens zu. Art. 876 cit. schützt jeden Bürger, mag er nun seinerseits eine Firma führen oder nicht, gegen Beeinträchtigungen, welche ihm daraus entstehen, daß sein Name unbefugterweise als Firma verwendet wird. Dieser Grundsatz darf unbedenklich auch auf die unbefugte Verwendung eines Namens zur Geschäftsbezeichnung in einem Laden- oder Wirthshausschild u. dergl. angewendet werden. In der That ist

die Verletzung, welche dem Namenberechtigten aus unbefugtem Anbringen seines Namens auf einem Laden- oder Wirthhausschild u. dergl. erwachsen kann, keine andere oder geringere, als bei unbefugter Aufnahme des Namens in eine Firma; im einen wie im andern Falle sind die gleichen Interessen gefährdet, da im einen wie im andern Falle im Publikum der Glaube erwirkt wird, als sei der Namensberechtigte der Geschäftsinhaber, was diesem, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht, in verschiedener Beziehung zum Nachtheil gereichen kann. Wenn das Gesetz daher den Namenberechtigten gegen mißbräuchliche Verwendung seines Namens als Firma schützt, so muß nach Sinn und Geist desselben der gleiche Schutz auch gegen die unbefugte Aufnahme des Namens in eine Geschäftsbezeichnung gelten. Von diesem Standpunkte aus erscheint denn die Klage auch dann als begründet, wenn die Kläger die Absicht, eine Wirthschaft unter dem Namen „Bollerei" zu betreiben, definitiv aufgegeben hätten und daher von Verletzung eines ihnen zustehenden ausschließlichen Rechtes an der Geschäftsbezeichnung nicht mehr die Rede sein könnte. Denn wenn auch die ursprüngliche Klägerin nach ihrer Verheirathung nicht mehr den Namen Boller sondern den Namen ihres Ehemannes Weiß führte, so war sie doch als Erbin des alt Kriminalrichter Boller befugt, sich der mißbräuchlichen Verwendung des Familiennamens desselben zu widersetzen, welche auf eine Führung des Geschäftes durch ihn oder dessen Familie, der sie fortwährend angehörte, hindeutete, und das gleiche muß auch für ihre Erbinnen gelten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich sein Bewenden.

111. Urtheil vom 19. Dezember 1891 in Sachen Schwerzmann gegen Tschupp.

A. Durch Urtheil vom 11. September 1891 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

Beklagter habe an Kläger eine Entschädigung von 1500 Fr. nebst Zins seit der rechtlichen Einforderung vom 19. Juli 1888 zu leisten, mit der Mehrforderung sei der Kläger im Sinne der Motive abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die beklagte Partei die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt, es sei in Abänderung des angefochtenen Urtheils die Klage abzuweisen, indem er erklärt, daß an das Bundesgericht nur Frau Blum geb. Brun und K. J. Schwerzmann respektive dessen Ehefrau rekurrirt haben, während der vor den kantonalen Gerichten ebenfalls als Partei aufgetretene Charles Nager dem kantonalen Urtheile sich unterworfen habe.

Der Anwalt des Klägers und Rekursbeklagten trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Johann Tschupp betrieb in Ballwil, Kantons Luzern eine chemische Fabrik, welche sich mit der Herstellung von Harzprodukten, Fetten, diversen Oelen u. s. w. beschäftigt. Im Jahre 1884 nahm er Friedrich Schlosser als Kollektivgesellschafter in das Geschäft auf, welches nunmehr unter der Firma J. Tschupp & Cie. betrieben wurde. Im Gesellschaftsvertrag ist stipulirt, daß Schlosser sich verpflichte, für den Fall seines Austrittes 10 Jahre lang kein Konkurrenzgeschäft zu gründen, noch in einem solchen als Theilhaber oder Angestellter sich zu betheiligen. Am 19. Juli 1886 wurde K. J. Schwerzmann als Geschäftsreisender der Firma J. Tschupp & Cie. angestellt, wobei folgendes Konkurrenzverbot vereinbart wurde. „Herr K. J. Schwerzmann verpflichtet sich, „während 10 Jahren von seinem Austritte an für kein anderes „Geschäft gleicher Branche thätig zu sein, weder für eigene Rech„nung, Details ausgenommen, in genannten Artikeln Geschäfte

„zu machen." Auf 31. Dezember 1887 kündigte Schwerzmann sein Anstellungsverhältniß und gründete sofort im Januar 1888 in Verbindung mit Ph. Blum in Luzern ein eigenes Geschäft für Handel und Fabrikation chemischer Produkte, welches sich als Konkurrenzgeschäft der Firma J. Tschupp & Cie. qualifizirt. Nach dem bald nach der Gründung des Geschäftes erfolgten Austritt des Ph. Blum betrieb Schwerzmann dieses Geschäft als alleiniger Inhaber. Im August 1888 löste sich die bisherige Kollektivgesellschaft J. Tschupp & Cie. durch den Austritt des F. Schlosser auf. Es bildete sich indeß sofort eine neue Kollektivgesellschaft unter gleichlautender Firma, welche die Fabrik fortbetrieb, indem J. Tschupp seinen Sohn als Kollektivgesellschafter aufnahm. Kurz vor dem Austritte des F. Schlosser hatte die Firma J. Tschupp & Cie. dem Schwerzmann ein Warnungsbot für eine Entschädigungsforderung von 20,000 Fr. wegen Bruchs des vertraglichen Konkurrenzverbotes anlegen lassen. Nichtsdestoweniger ist in der zwischen J. Tschupp und F. Schlosser getroffenen Vereinbarung über die Liquidation des Gesellschaftsvermögens eines sachbezüglichen Aktivums keine Erwähnung gethan. Nachdem J. Tschupp über die Entschädigungsforderung gegen Schwerzmann den Friedensrichtervorstand veranstaltet hatte, forderte er durch Intimation vom 2. Januar 1889 den F. Schlosser auf, sich darüber zu erklären, ob er sich zur Verfolgung dieser Forderung mit ihm als gemeinsame Prozeßpartei verbinden wolle; er setzte auseinander, da Schwerzmann das Konkurrenzgeschäft schon ein halbes Jahr vor dem Austritte des Schlosser eröffnet habe, so könne insoweit auch letzterer an der Entschädigungsforderung, welche auf 20,000 Fr., eventuell auf 2000 Fr. per Jahr für 10 Jahre festgesetzt werde, partizipiren. Schlosser erklärte am 10. Januar 1889, daß er für seine Person und als gewesener Theilhaber der aufgehobenen Firma J. Tschupp & Cie. von einem Entschädigungsprozeß gegen J. K. Schwerzmann nichts wissen wolle und sich gegen Tragung allfälliger Kosten eines solchen Prozesses verwahre. Hierauf klagte J. Tschupp als Inhaber der Firma J. Tschupp & Cie. die Entschädigungsforderung von 20,000 Fr. gegen Schwerzmann ein. Dieser bestritt dieselbe indem er (neben andern in der bundesgerichtlichen Instanz nicht mehr in Betracht

fallenden Einwendungen) in grundsätzlicher Beziehung geltend machte, J. Tschupp sei zur Sache nicht legitimirt, da der Anstellungsvertrag, aus welchem er klage, nicht mit ihm, sondern mit der Kollektivgesellschaft J. Tschupp & Cie. abgeschlossen worden sei, mithin einzig diese Gesellschaft zur Klage berechtigt wäre, während nur J. Tschupp, nicht dagegen auch der andere ehemalige Theilhaber dieser Gesellschaft, F. Schlosser, klage. Das Konkurrenzverbot sei übrigens, weil gegen die Gewerbefreiheit und die guten Sitten verstoßend, ungültig. Im Laufe des Prozesses, am 23. April 1891, fiel K. J. Schwerzmann in Konkurs. Der Prozeß wurde von den im Ingresse dieses Urtheils genannten Personen, sowie überdem von Charles Nager in Luzern, der indeß den Weiterzug an das Bundesgericht nicht ergriffen hat, aufgenommen. Die erste Instanz (Bezirksgericht Luzern) hat die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes anerkannt, dagegen ausgesprochen, es sei nicht bewiesen, daß die Entschädigungsforderung von der alten Kollektivgesellschaft J. Tschupp & Cie. auf die neue übergegangen sei. J. Tschupp sei daher nur in seiner Eigenschaft als gewesener Theilhaber der alten Firma im Verhältnisse seiner Geschäftseinlage und nach Verhältniß der Zeit, während welcher die alte Firma bestanden habe (für ein halbes Jahr), zur Sache legitimirt. Sie hat die Schadenersatzforderung des Klägers auf 50 Fr. reduzirt. Die zweite Instanz hat in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt. Sie führt im Wesentlichen aus: Es sei nach den Verhältnissen anzunehmen, daß das Konkurrenzverbot weniger zu Gunsten der zur Zeit des Abschlusses des Anstellungsvertrages bestehenden Kollektivgesellschaft, als zu Gunsten der Firma stipulirt worden sei. Diese Firma bestehe noch heute unverändert fort und es sei nach wie vor der Kläger Mitantheilhaber derselben; er dürfe als zur Sache legitimirt erachtet werden. Das Konkurrenzverbot sei gültig und es habe der Beklagte demselben in offenbarer Weise zuwidergehandelt. Was nun aber die Größe der Entschädigung anbelange, so falle in Betracht, daß der Kläger selbst in dem Entwurfe eines neuen Anstellungsvertrages für den Beklagten für das Zuwiderhandeln gegen das Konkurrenzverbot eine Konventionalstrafe von 5000 Fr. in Vorschlag gebracht habe. Diese Summe erscheine unter allen Umständen als ausreichend. Die-

selbe sei für die ganze Dauer des Konkurrenzverbotes, also für 10 Jahre berechnet gewesen; es entfalle also auf das Jahr ein Betrag von 500 Fr. Da nun mit dem Anfang 1891 erfolgten Konkursausbruche über den Beklagten, seine Thätigkeit in dem Konkurrenzgeschäfte wenigstens für einmal ihr Ende erreicht haben werde, so habe dieselbe nicht länger als drei Jahre gedauert. Es ergebe sich somit eine Entschädigungssumme von 1500 Fr. Dabei sei immerhin vorausgesetzt, daß der Beklagte die ihm vertraglich untersagte Konkurrenz nach dem Konkursausbruche nicht in dieser oder jener Form fortsetzen werde; sollte dies dennoch geschehen, so bleibe dem Kläger das Recht zu neuer Klage gewahrt.

2. Fragt sich in erster Linie, ob der Kläger zur Sache legitimirt sei, so ist diese Frage in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz grundsätzlich zu bejahen. Zwar erscheint es als unrichtig, wenn die Vorinstanz darauf abstellt, daß trotz der Auflösung der aus J. Tschupp und F. Schlosser bestehenden Kollektivgesellschaft J. Tschupp & Cie. dennoch die Firma J. Tschupp & Cie. für die neue Gesellschaft bestehen geblieben sei. Die Firma ist lediglich der Name, unter welchem ein Gewerbetreibender oder eine Gesellschaft sich in ihrem Geschäftsbetriebe bezeichnet; sie ist als solche nicht Trägerin materieller Rechte oder Pflichten. Aus dem bloßen Umstande, daß die Firma der neuen Gesellschaft derjenigen der alten gleichlautet, kann daher der Kläger irgendwelche Rechte für sich nicht ableiten. Dagegen fällt allerdings in Betracht: Konkurrenzverbote wie das in Frage liegende werden ausbedungen im Interesse eines vom Versprechensempfänger betriebenen gewerblichen Etablissements. Wird dieses überhaupt aufgegeben, so fällt das Konkurrenzverbot ohne weiteres dahin, da eben das Interesse nicht mehr besteht, zu dessen Schutze dasselbe bedungen wurde. Wird dagegen das Etablissement nicht aufgegeben, sondern auf einen neuen Erwerber übertragen, so ist mit Rücksicht auf die Zweckbeziehung, in welcher das Konkurrenzverbot zum Geschäftsbetriebe steht, zu präsumiren, daß auch das Recht aus dem Konkurrenzverbote mitübertragen worden sei. Im vorliegenden Falle nun ist das Konkurrenzverbot von der Kollektivgesellschaft J. Tschupp & Cie. als damaliger Inhaberin des Ge-

schäftes vereinbart worden. Mit der Auflösung der Kollektivgesellschaft ging das Recht aus dem Konkurrenzverbote auf denjenigen der Gesellschafter über, welcher das Geschäft übernommen hat. Daß das Konkurrenzverbot mit der Auflösung der Kollektivgesellschaft schlechthin dahingefallen sei, kann umsoweniger angenommen werden, als bei der Kollektivgesellschaft, wenn auch formell deren Vermögen ein vom Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich getrenntes Sondergut bildet, doch materiell die einzelnen Gesellschafter die Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind. Mit Auflösung der Kollektivgesellschaft ist daher das Recht aus dem Konkurrenzverbote keineswegs untergegangen; es ist vielmehr als ein mit dem Geschäfte verbundenes Recht vertragsgemäß auf denjenigen Gesellschafter übergegangen, welcher das Geschäft übernommen hat. In casu war ja denn auch von vornherein vereinbart, daß bei einer allfälligen Auflösung der Kollektivgesellschaft das (schon früher von ihm als Einzelkaufmann betriebene) Geschäft dem Kläger zu verbleiben habe, während der Mitgesellschafter Schlosser seinerseits sich verpflichtet hatte, während zehn Jahren ein Konkurrenzgeschäft nicht zu betreiben. Es kann daher umsoweniger ein Zweifel darüber obwalten, daß das Recht aus dem Konkurrenzverbote, welches im Interesse des Geschäftes ausbedungen war, nach Auflösung der Kollektivgesellschaft und für die Zeit nach deren Auflösung dem Kläger zusteht.

3. Fragt sich demnach, ob das Konkurrenzverbot gültig oder aber, weil gegen Art. 17 O.-R. verstoßend, ungültig sei, so ist diese Frage unbedenklich in ersterm Sinne zu beantworten. Stipulationen der in Rede stehenden Art dienen unzweifelhaft einem berechtigten Interesse des Geschäftsherrn, welcher sich dagegen schützen will, daß ehemalige Angestellte, welche in seinem Geschäfte mit seiner Fabrikationsart und mit seiner Kundschaft bekannt geworden sind, die so erworbene Kenntniß zu seinem Nachtheile ausbeuten. Unsittlich sind sie nur dann, wenn sie die Freiheit des Verpflichteten in so weitgehender Weise beschränken, daß danach dessen wirthschaftliche Persönlichkeit als aufgehoben, ihrer naturgemäßen Bethätigung entzogen erscheint. Eine derartige, die gesammte wirthschaftliche Existenz des Verpflichteten dem Willen eines Dritten unterwerfende vertragliche Fesselung der Erwerbsthätigkeit

ist allerdings unsittlich. Allein eine solche liegt hier nicht vor. Sie wäre dann gegeben, wenn dem Verpflichteten die Ausübung jeder oder doch einer bestimmten wirthschaftlichen Thätigkeit, insbesondere jedenfalls des von ihm erlernten und ihm gewohnten Berufes, verboten oder doch innert so weiter zeitlicher und örtlicher Grenzen untersagt wäre, daß dies, nach den konkreten Verhältnissen, praktisch einem gänzlichen Verbote nahe käme. Dies ist aber nicht der Fall. Das Konkurrenzverbot ist sachlich auf die Fabrikation gewisser chemischer Produkte und den Handel mit denselben begrenzt; es ist zeitlich auf die Dauer von 10 Jahren beschränkt und, nach der vom Obergerichte gebilligten Feststellung der ersten Instanz, mangelt es auch an der örtlichen Begrenzung nicht. Eine solche ist allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen; allein nach der Feststellung der Vorinstanzen bezieht sich das Verbot nur auf das Absatzgebiet der klägerischen Fabrik, d. h. auf das Gebiet der Centralschweiz. In einem derart beschränkten Konkurrenzverbot kann aber eine unzuläßige Beschränkung der wirthschaftlichen Freiheit gewiß nicht erblickt werden; es sind vielmehr derart beschränkte Konkurrenzverbote, wie in der Doktrin und Rechtsprechung wohl allgemein anerkannt ist, (vergl. u. a. Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 62 u. ff.; Archiv für bürgerliches Recht, V, S. 208 u. ff., und die dort citirten zahlreichen Entscheidungen; vergl. auch Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Swift gegen Degrange, Amtliche Sammlung, XVII, S. 305 u. f. Erw. 2) durchaus gültig.

4. Ist danach die Klage prinzipiell begründet, so ist die Annahme der Vorinstanz, daß der Schaden auf 500 Fr. per Jahr zu berechnen sei, eventuell nicht bestritten. Immerhin indeß muß eine Reduktion des Quantitativs der vorinstanzlich gesprochenen Entschädigung aus dem Grunde Platz greifen, weil der Schadenersatzanspruch für die Zeit, während welcher die aus dem Kläger und F. Schlosser gebildete Kollektivgesellschaft J. Tschupp & Cie. bestand (d. h. für ein halbes Jahr) nicht dem Kläger allein sondern den Antheilhabern der ehemaligen Kollektivgesellschaft zusteht und also für die betreffende Zeit F. Schlosser nach Maßgabe seines Gesellschaftsantheils, d. h. da etwas anderes nicht ersichtlich ist, zur Hälfte mitberechtigt ist. Denn es ist klar, daß durch den Betrieb

des Konkurrenzgeschäftes während der fraglichen Zeit eben das Vermögen der Kollektivgesellschaft beschädigt wurde und dieser das entsprechende Forderungsrecht erwachsen ist. Da nun F. Schlosser seinerseits nicht geklagt, auch seinen Anspruch nicht dem Kläger abgetreten hat, so muß die vorinstanzlich dem letztern zugesprochene Entschädigungssumme um den entsprechenden Betrag d. h. um 125 Fr. gleich der Hälfte des für ein halbes Jahr von der Vorinstanz berechneten Schadens gemindert werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils wird dahin abgeändert, daß die vom Beklagten dem Kläger zu zahlende Entschädigung auf 1375 Fr. nebst Zins seit der rechtlichen Einforderung vom 19. Juli 1888 festgesetzt wird. Im Uebrigen hat es in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern sein Bewenden.

III. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb.

Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

112. Urtheil vom 2. Oktober 1891 in Sachen Geißberger und Genossen gegen Gröflin.

A. Durch Urtheil vom 12. Juni 1891 hat das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft erkannt:

Es wird das Urtheil des Bezirksgerichtes Liestal vom 3. April 1891 dahin abgeändert, daß den Klägern eine Entschädigung von 6000 Fr. sammt Zins à 5 % seit dem 23. Februar 1891 zugesprochen wird. In Bezug auf die 36 Fr. Beerdigungskosten und die Kosten wird das Urtheil bestätigt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung

beantragt ihr Anwalt: Es sei, in Abänderung des angefochtenen Urtheils, die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell die gesprochene Entschädigung nach richterlichem Ermessen zu reduziren.

Der Anwalt der Kläger trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wilhelm Gröflin von Höllstein, geb. 1847, von Beruf Landarbeiter, war seit Mitte August 1890 bei dem Beklagten Geißberger, welcher in Gemeinschaft mit den beiden andern Beklagten die Erstellung der Wasserleitnng für die Gemeinde Liestal übernommen hatte, gegen einen Taglohn von 2 Fr. 80 Cts. als Erdarbeiter angestellt. Am 29. Oktober 1890 war er mit dem ebenfalls verunglückten Philipp Autenried von Höllstein und einem dritten Arbeiter Jb. Tschudin damit beschäftigt, den bereits erstellten Graben zur Aufnahme der Wasserleitung noch etwas tiefer zu legen. Es wurde, da das zu entfernende Material felsig war, ein Loch in den Felsen gebohrt und ein Schuß geladen. Derselbe ging indeß nicht los und Gröflin und Autenried, welche den Jb. Tschudin weggeschickt hatten, weil er betrunken war, versuchten nun, den Schuß auszubohren. Sie beabsichtigten, das auf der Pulverladung gelegene Material zunächst von der Seite her zu entfernen; Gröflin führte den Bohrer, Autenried schlug mit einem Hammer darauf. Nach wenigen Schlägen erfolgte eine Explosion, sei es in Folge direkter Berührung des Schusses durch den Bohrer, sei es in Folge Entzündung durch einen Funken, welcher durch den Anprall des Bohrers auf einen Stein entstanden war. Gröflin wurde derart verletzt, daß er am 11. November 1890 starb. Es steht fest, daß sowohl Gröflin als Autenried schon vielfach mit Sprengarbeiten zu thun gehabt, auch wiederholt schon Schüsse ausgebohrt hatten. Letztere Manipulation war den Arbeitern der Beklagten verboten; es ist aber nicht erwiesen, daß Gröflin und Autenried von dem Verbote Kenntniß hatten. Als sie daran gingen, den Schuß auszubohren, bemerkte ihnen der von der Gemeinde Liestal mit der Beaufsichtigung der Arbeiten der Beklagten betraute Aufseher C. Sauer, sie sollten das Bohren sein lassen, da kein Pulver mehr vorhanden sei und deßhalb überhaupt nicht mehr weiter könne gearbeitet werden; ebenso sagte ihnen der Beklagte Spinnler,

sie sollen nicht mehr schießen, sondern mit dem Pickel wegnehmen was möglich sei; das Bohren nütze ja nichts, weil sie kein Pulver mehr haben. Gröflin erwiderte, er bekomme in Höllstein schon Pulver und setzte, während die andern Arbeiter sich entfernten, mit Autenried die Arbeit fort. Der Beklagte Spinnler war nicht speziell mit den Grabarbeiten befaßt, welche vielmehr der Beklagte Geißberger übernommen hatte. Gröflin hinterläßt eine Wittwe und acht in den Jahren 1873, 1874, 1875, 1876, 1880, 1886, 1888 und 1890 geborene Kinder.

2. Die Anwendbarkeit der Haftpflichtgesetze ist nicht bestritten Die Beklagten haben vielmehr der auf diese Gesetze begründeten Entschädigungsklage der Hinterlassenen des W. Gröflin grundsätzlich lediglich die Einwendung des Selbstverschuldens entgegengestellt. In dieser Beziehung ist nun vorerst nicht anzunehmen, daß Gröflin und Autenried, indem sie das Ausbohren des Schusses versuchten, einem ihnen ertheilten allgemeinen oder speziellen Verbote entgegengehandelt haben. Es ist nicht erwiesen, daß ihnen ein den Arbeitern überhaupt gegebenes Verbot, Schüsse auszubohren, bekannt gewesen sei, und die unmittelbar vor dem Unfalle gethanen Aeußerungen des Bauaufsehers Sauer und des Beklagten Spinnler enthielten kein Verbot der Arbeit wegen zu großer Gefährlichkeit, sondern uur ein Abrathen von derselben, weil sie doch, wegen Mangels an Pulver, nutzlos sei; deßhalb ließ man denn auch, als die Arbeiter in der ausgesprochenen Hoffnung, doch noch Pulver zu erhalten, in ihrem Unternehmen dennoch fortfuhren, dieselben ruhig gewähren. Uebrigens war speziell Bauaufseher Sauer auch gar nicht Vorgesetzter der beiden Arbeiter, sondern lediglich Vertreter des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer. Dagegen ist allerdings nicht zu verkennen, daß die beiden Arbeiter das Ausbohren des Schusses unternahmen, ohne mit allen Vorsichtsmaßregeln, welche bei dieser Manipulation beobachtet werden sollten (beständiges Nachschütten von Wasser in die Bohrlöcher), vertraut zu sein und dieselben zu beobachten. Die Gefährlichkeit ihrer Hantirung war, wie jedermann, so auch den beiden Arbeitern zweifellos bekannt: sie durften also vorsichtigerweise nicht von sich aus an dieselbe gehen, wenn sie mit ihr nicht in allen Richtungen vertraut waren. Dies um so mehr, als die Sache nicht etwa dringlich war, sondern sehr wohl auf-

geschoben werden konnte. Ein Verschulden der beiden Arbeiter liegt also allerdings vor. Allein dasselbe kann nicht zu Abweisung der Klage führen. Vorerst liegt die Sache doch nicht etwa so, daß die Arbeiter, in Uebermuth oder blinder Anmaßung, eine gefährliche Hantirung unternommen hätten, von der sie gar nichts verstanden; vielmehr war speziell Gröflin mit derartigen Manipulationen schon öfters beschäftigt gewesen und mochte glauben, er kenne dieselben hinlänglich. Sodann aber steht dem Verschulden der Arbeiter ein solches der Unternehmer gegenüber. In der That mangelte es bei den Beklagten, wie aus den Feststellungen der Vorinstanz klar hervorgeht, an jeder genügenden Anleitung der Arbeiter und an der richtigen Aufsicht über dieselben. Der Beklagte Geißberger, welcher speziell die Grabarbeiten übernommen hatte, ließ sich festgestelltermaßen auf der Arbeitsstätte, wo der Unfall sich ereignete, tagelang nicht sehen; die Arbeiter waren daher im Wesentlichen sich selbst überlassen und zwar trotzdem sie theilweise mit Sprengmaterialien hantiren mußten, ihr Geschäft also ein solches war, das der Leitung und Ueberwachung durch Sachkundige dringend bedarf. Mit Rücksicht auf dieses konkurrirende Verschulden der Beklagten kann das nachgewiesene Verschulden des Gröflin nur als Grund zu einer Reduktion der Entschädigung gemäß Art. 5 litt. b des Fabrikhaftpflichtgesetzes in Betracht kommen, nicht dagegen zu gänzlicher Abweisung der Klage führen.

3. In Bezug auf das Quantitativ der Entschädigung ist klar, daß der Verunglückte von seinem Jahresverdienste von circa 840 Fr. bei Lebzeiten zum Mindesten zwei Drittheile auf den Unterhalt seiner zahlreichen Familie verwendete und dies noch während längerer Zeit hätte thun müssen. Im Laufe der Jahre, mit dem Heranwachsen der Kinder, hätten sich seine Auslagen für diese allerdings vermindert und wären wohl allmählig ganz weggefallen; dagegen blieb natürlich die Alimentationspflicht gegenüber der Ehefrau fortwährend wirksam und würde wohl der Verstorbene, wenn die Ausgaben für die Kinder sich verminderten, einen Theil des dadurch frei gewordenen Einkommens auf den Unterhalt der Ehefrau verwendet haben. Zieht man diese Momente in Berücksichtigung, so darf, angesichts des Alters des Verunglückten, der den Hinterlassenen durch den Tod ihres Er-

nährers entstandene wirkliche Schaden wohl auf über 7000 Fr. angesetzt werden. Allein für Bemessung der Enschädigung ist, da strafrechtliches Verschulden des Betriebsunternehmers nicht behauptet ist, das gesetzliche Entschädigungsmaximum maßgebend. Nach Art. 6 Absatz 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes darf die Entschädigung weder den sechsfachen Jahresverdienst des Betreffenden noch die Summe von 6000 Fr. übersteigen und es ist gemäß Art. 5 litt. b auch innerhalb des gesetzlichen Maximums die Entschädigung in billiger Weise zu reduziren, wenn den Verunglückten ein Theil der Schuld an dem Unfalle trifft. Gemäß dem Jahresverdienste des Verunglückten vor dem Unfalle beläuft sich das Entschädigungsmaximum in concreto auf 5040 Fr. und es darf, da ein Mitverschulden des Getödteten vorliegt, auch diese Summe nicht voll zugesprochen sondern es muß von derselben ein angemessener Abstrich gemacht werden. Dieser darf sich indeß in bescheidenen Grenzen bewegen. Wird einerseits erwogen, daß auch die Beklagten ein wesentliches konkurrirendes Verschulden trifft, andrerseits die Größe des den völlig mittellosen Hinterlassenen entstandenen Schadens in Würdigung gezogen, so erscheint die Festsetzung der Entschädigung auf 4800 Fr. als angemessen; darin ist denn aber auch die Entschädigung für den dem Verunglückten vom Tage des Unfalles bis zu seinem Tode entgangenen Arbeitslohn inbegriffen. Dagegen sind daneben die Beerdigungskosten mit 36 Fr. besonders zu vergüten und darf die Verzinslichkeit der Entschädigung auf den Todestag des Verunglückten festgesetzt werden. Die Kläger haben freilich in letzterer Richtung einen besondern Antrag nicht gestellt; allein es darf doch im angegebenen Sinne erkannt werden, da die Entschädigung eben auf den Todestag berechnet d. h. unter Voraussetzung der Verzinslichkeit vom Todestage an festgestellt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird dahin für begründet erklärt, daß die Entschädigung, welche die Beklagten den Klägern zu bezahlen haben, auf 4836 Fr. nebst Zins à 5 % vom 11. November 1890 an festgesetzt wird.

113. Urtheil vom 17. Oktober 1891 in Sachen Schmidheine gegen Fehr.

A. Durch Urtheil vom 7. Juli 1891 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt:

Die Klage ist für den Betrag von 2000 Fr. aufrechtgestellt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte und hernach auch der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Beklagten, es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die Klage des gänzlichen abzuweisen.

Dagegen beantragt der Vertreter des Klägers, es sei die ihm zukommende Entschädigung auf 3600 Fr. zu erhöhen, eventuell es sei die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Johann Georg Fehr, geb. 1865, der Sohn des Klägers, war seit März 1890 in der (dem Fabrikgesetze unterstellten) Ziegelei des Beklagten mit einem Taglohn von 4 Fr. als Heizer angestellt. Er lebte im Haushalte des Vaters, dem er jeweilen seinen ganzen Verdienst ablieferte, wogegen er ein Taschengeld zurückempfing. Der Kläger ist 57, seine Frau 54 Jahre alt; beide sind vermögenslos. Außer dem Sohne Johann Georg besitzt der Kläger noch drei Söhne und zwei Töchter; einer der Söhne, geb. 1857, ist als Heizer in einer Fabrik in Murg, ein anderer, geb. 1864, als Grenzjäger angestellt; der dritte Sohn, geb. 1871, ist zur Zeit Seminarist. Von den beiden Töchtern ist die eine, geb. 1862, verehelicht; die andere, geb. 1867, ist ledig; sie lebt im Haushalte der Eltern und arbeitet, sofern sie Beschäftigung findet, als Stickerin. In der Nacht vom 11./12. Januar 1891 waren Johann Georg Fehr und ein Nebenheizer mit der Nachtwache am Ofen der Ziegelei des Beklagten betraut. Der Nebenheizer besorgte die Wache bis Mitternacht; als Fehr um 12 Uhr zu seiner Ablösung eintraf, glaubte jener die Beobachtung zu machen, Fehr befinde sich in etwas angeheitertem Zustande. Er machte demselben daher den Vorschlag, er wolle die

Wache noch eine oder zwei Stunden über Mitternacht hinaus fortsetzen. Fehr ging hierauf ein und legte sich auf den Ofen, wo bereits zwei andere Arbeiter schliefen, zum Schlafe nieder. Ungefähr um 1 Uhr Nachts hörte der Nebenheizer ein Rauschen und entdeckte, daß über dem Ofen in der Ausdehnung von circa $^1/_2$ Meter Feuer ausgebrochen war; es hatte nämlich eine aufschlagende Flamme aus einem zum Zwecke der Trocknung von Lehmwaaren auf den Ofen gestellten, mit brennendem Coaks gefüllten eisernen Gitterkorbe die hölzernen Gestelle in Brand gesetzt, auf welchem die zum Trocknen bestimmten Lehmwaren gelagert waren. Der den Nachtdienst besorgende Heizer suchte das Feuer, in Ermangelung von Wasser mit dem Ueberrocke zu ersticken, aber ohne Erfolg. Nach dem ihm dabei die Lampe ausgelöscht war, konnte er in der Dunkelheit nichts mehr thun und weckte die auf dem Ofen schlafenden Männer durch Zurufen. Diese, unter ihnen Fehr, konnten das Gebäude verlassen. Fehr drang indeß nachher, wie die Vorinstanz feststellt, um sich mit der Bewältigung des Feuers zu befassen, wieder in das Gebäude ein und fand dort seinen Tod, sei es daß er im Rauche erstickte und hernach verschüttet wurde, sei es daß er beim Einsturze der brennenden Ziegelgestelle und des Balkenwerkes erschlagen wurde.

2. Der Beklagte hat der Klage in erster Linie die Einwendung entgegengestellt, der Unfall sei nicht durch den Betrieb der Ziegelei sondern durch den Brand derselben herbeigeführt worden; der Verunglückte sei nicht in dienstlicher Stellung getödtet worden, denn er habe sich zur Zeit seines Todes gar nicht als Heizer im Dienste befunden und nachdem er einmal gerettet gewesen, sei das Löschen des Brandes nicht seine Sache gewesen. Der Unfall falle daher gar nicht unter die Haftpflichtgesetze. Dem gegenüber führt die Vorinstanz aus, der Unfall falle zweifellos entweder unter Art. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes oder doch unter Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes. Fehr habe seinen Nachtdienst um 12 Uhr anzutreten gehabt; im Einverständnisse mit seinem Nebenheizer, den er abzulösen hatte, sei aber die Ablösung um zwei Stunden verschoben worden. Um rechtzeitig geweckt zu werden, sei Fehr an Ort und Stelle geblieben. Inzwischen sei der Brand ausgebrochen und habe Fehr, nach dem er geweckt und in Sicher-

heit gebracht worden sei, kraft seines Nacht- und Wachtdienstes und kraft seiner Lokalkenntnisse im Gebäude und seiner Vertrautheit mit den Fabrikeinrichtungen die erste und nächstliegende Pflicht gehabt, an der Bewältigung des Feuers Theil zu nehmen. Der Brand sei nicht von außen verursacht, sondern die direkte und natürliche Folge des an sich höchst feuergefährlichen Ziegeleibetriebes. Der Nachtdienst am Ofen sei nothwendig und zu den selbstverständlichen Dienstpflichten des Ofenpersonals gehöre nebst der Besorgung des Ofens die Vorsorge *gegen* und das erste Einschreiten *nach* erfolgtem Brandausbruche. Diese Entscheidung beruht auf keinem Rechtsirrthum. Nach der Feststellung des Vorderrichters, war der Brandausbruch eine direkte Folge des Fabrikbetriebes und war es Dienstpflicht des Verunglückten, in seiner Stellung als zum Nachtdienst berufener Heizer die ersten Schritte zum Löschen des Feuers zu thun. Hievon ausgegangen, liegt allerdings ein durch den Fabrikbetrieb herbeigeführter Unfall vor.

3. In zweiter Linie hat der Beklagte der Klage die Einrede des Selbstverschuldens entgegengestellt. Auch diese Einwendung erscheint nach dem vorinstanzlich festgestellten Thatbestande als unbegründet. War es Dienstpflicht des Verunglückten, bei Bewältigung des Feuers unter Benutzung seiner Lokalkenntnisse mitzuwirken, so kann ihm das Eindringen in das brennende Gebäude nicht zum Verschulden angerechnet werden. Denn es sind keine Thatumstände festgestellt, wonach etwa dieses Eindringen als ein von vornherein nutzloses, unsinniges oder vermessenes Unternehmen erschiene; vielmehr stellt die Vorinstanz insbesondere fest, es liege nichts dafür vor, daß der Verunglückte auch nach seinem Schlafe, zur Zeit des Brandausbruches, noch „angeheitert" gewesen sei oder daß dies auf seine Handlungen und Entschließungen irgend eingewirkt habe. Der Beweis für ein Selbstverschulden des Verunglückten ist also nicht erbracht; dieser liegt aber dem Haftpflichtigen ob.

4. Im Weitern hat der Beklagte eingewendet, es sei dem Kläger durch den Tod seines Sohnes ein nach Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes erstattungsfähiger Schaden überhaupt nicht entstanden. Denn nach st. gallischem Rechte bestehe zwischen Eltern und erwachsenen Kindern nur in den Fällen der Nothdarmuth eine

gegenseitige Unterstützungspflicht; diese sei nicht familienrechtlicher sondern armenpolizeilicher, also öffentlich-rechtlicher Natur; nach Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes stehe aber den Hinterlassenen ein Ersatzanspruch gegenüber dem Betriebsunternehmer nur dann zu, wenn dem Getödteten ihnen gegenüber eine familienrechtliche Alimentationspflicht obgelegen habe. Die Vorinstanz hat diese Einwendung zurückgewiesen, indem sie ausführt, die Unterstützungspflicht zwischen Eltern und erwachsenen Kindern sei nach st. gallischem Rechte, trotz ihrer Regelung im Armengesetze, keineswegs ausschließlich öffentlichrechtlicher sondern in erster Linie familienrechtlicher Natur; das Armengesetz habe diese Unterstützungspflicht nicht erst geschaffen, sondern dieselbe habe, unabhängig von dem Armengesetze, kraft familienrechtlichen Rechtssatzes bestanden und im Armengesetze nur ihre Anerkennung gefunden. Diese Entscheidung entzieht sich gemäß Art. 29 O.-G. der Nachprüfung des Bundesgerichtes, da sie nicht auf Anwendung des eidgenössischen sondern des kantonalen Rechts beruht. Uebrigens mag bemerkt werden, daß der Ersatzanspruch der Hinterlassenen wegen entzogenen Unterhaltes aus Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Unterhaltungspflicht des Getödteten als eine öffentlich-rechtliche zu qualifiziren sein sollte. Das Gesetz macht eine solche Unterscheidung nicht, sondern gewährt den Ersatzanspruch in allen Fällen, wo der Getödtete zur Gewährung des Unterhaltes gleichviel ob aus öffentlichrechtlichem oder aus privat-rechtlichem Grunde verpflichtet war. Wenn der Beklagte sich auf die Entscheidungen des Bundesgerichtes in Sachen Rastorfer und in Sachen Gasser (Amtliche Sammlung XVI, S. 341 und 842) berufen hat, so ist dies nicht zutreffend. Diese Urtheile stellen nicht darauf ab, daß nach dem dort maßgebenden bernischen Rechte die Unterstützungspflicht zwischen erwachsenen Kindern und Eltern nicht eine familienrechtliche sondern eine öffentlichrechtliche sei; sie stützen sich vielmehr darauf, daß nach bernischem Rechte eine Alimentationspflicht der Kinder gegenüber den Eltern überhaupt nicht besteht, sondern die Unterstützung verarmter Eltern gar nicht den Kindern sondern der öffentlichen Armenpflege obliegt und die Kinder nur dieser gegenüber zu einem „Verwandtenbeitrage," nicht aber den Eltern

gegenüber zu einer Alimentationsleistung verpflichtet sind. Dies ist aber nach dem st. gallischen Rechte zweifellos nicht der Fall; nach diesem sind die Kinder notharmen Eltern gegenüber direkt unterstützungspflichtig und greift die Versorgungspflicht der öffentlichen Armenpflege blos subsidiär Platz. Daß die Entscheidung über Prinzip und Maß der Unterstützungspflicht nicht den Gerichten sondern den Armenbehörden zusteht, ändert hieran nichts.

5. Für die Bemessung des Quantitativs der Entschädigung ist nicht entscheidend, was der Verunglückte für den Unterhalt seiner Familie thatsächlich geleistet hat, sondern es kommt vielmehr darauf an, was zu leisten er rechtlich verpflichtet war und bei längerem Leben zu leisten verpflichtet gewesen wäre. Es kann also nicht einfach darauf abgestellt werden, daß der Getödtete zur Zeit seines Todes seinen ganzen, (auf circa 1200 Fr. per Jahr anzuschlagenden) Jahresverdienst seinem Vater zu Bestreitung der Kosten des gemeinsamen Haushaltes und des Unterhaltes der Familie überließ; sondern es kommt darauf an, inwiefern er hiezu rechtlich verpflichtet war. Dies wird auch von der Vorinstanz anerkannt. Dieselbe gelangt zu Zuerkennung einer Aversalentschädigung von 2000 Fr., indem sie ausführt: Es komme dies bei dem Alter des Klägers einer kapitalisirten Leibrente von 181 Fr. 80 Cts. gleich. Diese Summe entspreche den vorliegenden Familien- und ökonomischen Verhältnissen und es sei damit der Auffassung der st. gallischen Administrativpraxis Rechnung getragen, welche einerseits bei Festsetzung von Unterstützungsbeiträgen, die bisherigen Lebensgewohnheiten des Unterstützungsbedürtigen, andrerseits die Leistungsfähigkeit des Unterstützungspflichtigen gebührend zu berücksichtigen pflege. Ein Abzug, sei es wegen Selbstverschuldens, sei es wegen Zufalls, sei nicht zu machen. Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann insofern nicht beigetreten werden, als sie aussprechen, es sei ein Abzug wegen Zufalls nicht zu machen. Als zufällig im Sinne des Art. 5 litt. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes erscheinen nämlich diejenigen Unfälle, welche nicht durch ein Verschulden des Betriebsunternehmers oder seiner Leute herbeigeführt worden sind. Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers für diese Unfälle soll, da sie nicht auf Delikt oder Quasidelikt sondern lediglich auf exceptioneller, über das gemeine Recht hinausgehender Vorschrift des

Gesetzes beruht, nach dem Willen des Gesetzgebers quantitativ gemindert werden. Nun ist im vorliegenden Falle gar nicht behauptet und nicht festgestellt, daß der Unfall durch ein Verschulden des Beklagten oder seiner Leute verursacht worden sei und es muß derselbe daher als ein zufälliger erachtet werden. Allein wenn auch demgemäß nach Art. 5 litt. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes ein Abzug an der Entschädigung zu machen ist, so ist doch das angefochtene Urtheil in seinem Dispositiv nicht abzuändern. Denn es dürfte doch im vorliegenden Falle die Unterstützung, welche der Verunglückte dem Kläger kraft gesetzlicher Verpflichtung geleistet hat und zu leisten ferner verpflichtet gewesen wäre, etwas höher anzuschlagen sein, als der Vorderrichter annimmt, zwar bei weitem nicht auf denjenigen Betrag, welchen der Getödtete zur Zeit seines Todes thatsächlich leistete, aber doch wohl auf über 200 Fr. per Jahr. Danach ist denn der dem Kläger durch Wegfall der Unterhaltspflicht entstandene wirkliche Schaden etwas höher anzuschlagen, als der Vorderrichter annimmt und es erscheint die von letzterm ausgeworfene Entschädigungssumme von 2000 Fr. auch unter Berücksichtigung des wegen der Zufälligkeit des Unfalles zu machenden Abzuges, als den Verhältnißen angemessen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen sein Bewenden.

---

114. Urtheil vom 30. Oktober 1891 in Sachen Schär gegen Industriegesellschaft für Schappe.

A. Durch Urtheil vom 1. Oktober 1891 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes des Kantons Baselstadt vom 28. August 1891 ging dahin: Die Klage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Das appellationsgerichtliche Urtheil sei aufzuheben und Beklagte zum Ersatze des dem Kläger durch seine Krankheit in der Zeit vom 24. Oktober 1890 bis 27. Juni 1891 entstandenen Schadens von 324 Fr. sammt Zins à 5 % vom 28. Juni 1891 an zu verurtheilen; ebenso zu Bezahlung einer jährlichen Rente von 300 Fr. eventuell einer angemessenen Aversalentschädigung für Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit vom 28. Juni 1891 an, in der Meinung, daß zu Gunsten beider Parteien ein Vorbehalt im Sinne des Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes aufgenommen werde.

Dagegen beantragt der Anwalt der Beklagten, es sei das angefochtene Urtheil zu bestätigen, eventuell sei ein Vorbehalt zu Gunsten der Beklagten für den Fall der Besserung des Befindens des Klägers zu machen und sei die Sache zu Feststellung des gegenwärtigen Gesundheitszustandes des Klägers an die kantonale Instanz zurückzuweisen, jedenfalls sei eventuell die Entschädigung wegen Mitverschuldens des Klägers erheblich zu reduziren.

In seiner Replik erklärt der klägerische Vertreter, er gehe mit dem Vertreter der Beklagten darin einig, daß eine Oberexpertise insbesondere über die Ursachen der Erkrankung des Klägers erhoben werde, worauf der Anwalt der Beklagten in seiner Duplik erwidert, er habe eventuell nicht hierüber sondern vielmehr über den gegenwärtigen Gesundheitszustand des Klägers eine Oberexpertise beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der 26 Jahre alte Kläger war bei der beklagten Industriegesellschaft für Schappe, zuletzt als Aufseher mit einem Lohn von 60 Fr. in vierzehn Tagen, angestellt. Er hatte die sogenannte elektrische Kontrollmaschine zu besorgen, bei welcher in zahlreichen kleinen Näpfen Quecksilber zur Verwendung kommt. Im Juni 1890 erkrankte er in Folge einer Quecksilbervergiftung und wurde in das Spital verbracht. Am 31. Juli 1890 wurde er als geheilt entlassen; es traten indeß später Rückfälle ein, welche wiederholte Spitalbehandlung (vom 10—27. September und 21. November bis 2. Dezember 1890) erforderten und es litt der Kläger

nach einem Zeugniß des Vorstehers der baslerischen Poliklinik vom 12. Juni 1891 damals immer noch an Quecksilbervergiftung. Bis zum 18. Oktober 1890 wurde ihm von der Beklagten sein voller früherer Lohn ausbezahlt. Von da an wurde er nicht mehr als Aufseher im Saale der sogenannten elektrischen Kontrollmaschine sondern anderweitig, gegen einen reduzirten Lohn von 45 Fr. für 14 Tage, beschäftigt; auf 27. Juni 1891 wurde ihm, da er Ausbezahlung der seit dem 18. Oktober 1890 eingetretenen Lohndifferenz verlangt hatte, seine Anstellung von der Beklagten gekündigt. Seither arbeitet er anderswo, anfänglich mit 20 Fr., jetzt mit 24 Fr. Wochenlohn. Festgestellt ist, daß der Kläger mehrfach aus dem nämlichen Glase, dessen er sich zum Reinigen des Quecksilbers bediente, den von zu Hause in die Fabrik mitgebrachten Wein getrunken hat. Wie die Vorinstanzen gestützt auf das eingeholte Gutachten des Physikus Dr. Sury thatsächlich feststellen, hat dieser Umstand, nicht (wie der Kläger behauptet hatte) das Einathmen von Quecksilberdünsten, die Vergiftung verursacht. Die Beklagte hat daher der auf Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes begründeten Klage die Einwendung entgegengestellt, die Erkrankung des Klägers sei nicht erwiesenermaßen und ausschließlich durch den Betrieb ihrer Fabrik herbeigeführt worden, sondern durch Ursachen, die mit dem Fabrikbetriebe nicht zusammenhängen; der Kläger habe dieselbe selbst verschuldet. Der Kläger hat dem gegenüber geltend gemacht, es sei ihm ein besonderes Gefäß zum Reinigen des Quecksilbers von der Beklagten nicht zur Verfügung gestellt worden; er habe daher dafür das von zu Hause mitgebrachte Trinkglas verwendet, welches er übrigens stets sorgfältig gereinigt habe. Die Gefährlichkeit des Quecksilbers sei ihm nicht bekannt gewesen und er sei auf dieselbe vom Direktor der beklagtischen Fabrik nicht aufmerksam gemacht worden.

2. Die verschiedenen Begehren der Klage beziehen sich auf Einen und denselben Anspruch. Der Streitwerth bemißt sich also nach dem zusammengerechneten Werthe der sämmtlichen Begehren. Danach ist denn der gesetzliche Streitwerth gegeben. Denn der Kapitalwerth der vom Kläger auf unbestimmte Zeit, d. h. sofern nicht eine Besserung eintrete, auf Lebenszeit geforderten jährlichen Rente von 300 Fr. übersteigt, bei dem Alter des Klägers, für

sich allein den Betrag von 3000 Fr. Da die übrigen Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz unzweifelhaft gegeben sind, so ist mithin das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent.

3. In der Sache selbst hat die Beklagte schon vor der zweiten kantonalen Instanz nicht mehr bestritten, daß ihre Industrie zu den gesundheitsgefährlichen im Sinne des Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes und des Bundesrathsbeschlusses vom 19. Dezember 1887 gehöre und daß sie daher für Berufskrankheiten ihrer Arbeiter und Angestellten in Gemäßheit des Art. 3 cit. verantwortlich sei. Gemäß Art. 14 des Fabrikhaftpflichtgesetzes wäre übrigens hierüber im Zweifelsfalle nicht vom Bundesgerichte sondern vom Bundesrathe zu entscheiden.

4. Die Vorinstanzen haben ausgesprochen, es könne dahingestellt bleiben, ob das Trinken von Wein aus dem unreinen Glase, wodurch die Vergiftung verursacht wurde, ein Umstand sei, der zum Betriebe der Fabrik gehöre, oder ob dies nicht der Fall sei; denn es liege jedenfalls darin ein so schweres Verschulden des Klägers, daß die Haftung der Beklagten schon aus diesem Grunde ausgeschlossen werden müsse. Eine nähere Begründung dieser Entscheidung ist nicht gegeben. Wird in erster Linie untersucht, ob der Kausalzusammenhang zwischen dem Betriebe der beklagten Fabrik und der Vergiftung bestehe, so ist dies zu verneinen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Genuß von Erfrischungen durch die Arbeiter in den Pausen des Fabrikbetriebes an sich nicht zum Fabrikbetriebe gehört und daher der Fabrikherr für Gesundheitsschädigungen nicht haftet, welche die Arbeiter dadurch sich zuziehen. Der Kausalzusammenhang einer derart entstandenen Gesundheitsschädigung mit dem Fabrikbetriebe ist nur dann gegeben, wenn der Genuß lediglich durch einen vom Fabrikherrn zu vertretenden Betriebsvorgang gesundheitsschädlich wurde. Dies ist nun hier nicht der Fall. Allerdings ist die Vergiftung die Folge davon, daß der Kläger das Glas, aus welchem er seinen Wein trank, im Betriebe der Fabrik, zum Reinigen von Quecksilber, verwendet hatte. Allein es ist nun nicht dargethan, daß diese Verwendung eines Trinkgefäßes zu Zwecken des Fabrikbetriebes zum ordnungsmäßigen Betriebe der beklagten Fabrik gehört habe

und nicht vielmehr als ein Akt individueller Willkür des Arbeiters erscheine. Nach den Verhältnissen des Fabrikbetriebes ist in der Regel nicht anzunehmen, daß die Arbeiter die ihnen zu Ausübung ihrer Verrichtungen nöthigen Geräthschaften, Gefäße ꝛc. mitzubringen haben, sondern es sind dieselben vom Fabrikherrn zu stellen. Es ist nun nicht dargethan, daß dies im vorliegenden Falle anders gewesen sei d. h. daß hier der Aufseher das zur Reinigung des Queckſilbers nöthige Gefäß selbst zu stellen gehabt habe und es nicht vielmehr von der Fabrikleitung zu verlangen hatte. Dieser Beweis aber lag, weil auf den zum Klagefundament gehörigen Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Erkrankung bezüglich, dem Kläger ob.

5. Mangelt es demnach an dem Nachweise des Kausalzusammenhanges zwischen Fabrikbetrieb und Erkrankung, so braucht nicht weiter untersucht zu werden, ob nicht die Klage auch wegen Selbstverschuldens des Verletzten abgewiesen werden müßte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt sein Bewenden.

---

115. Urtheil vom 14. November 1891 in Sachen Lustenberger gegen Fabrik Perlen.

A. Durch Urtheil vom 8. September 1891 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Beklagte sei gehalten, an Kläger zu bezahlen:

a. Eine einmalige Entschädigung von 3000 Fr. nebst Zins à 5 % seit 14. Februar 1890.

b. An Verpflegungskostenvergütung 277 Fr. 50 Cts. nebst Zins seit 14. Februar 1890; mit der Mehrforderung sei der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger und, seiner Weiter-

ziehung sich anschließend, auch die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Klägers, es sei das vorinstanzliche Urtheil dahin abzuändern, daß Beklagte gehalten sei, dem Kläger eine einmalige Entschädigung von 3500 Fr. sammt Zins à 5 % seit 14. Februar 1890 zu bezahlen; im Uebrigen sei die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen. Dagegen beantragt der Vertreter der Beklagten, es sei die vorinstanzliche Entscheidung im Sinne gänzlicher Abweisung der klägerischen Begehren abzuändern, eventuell sei die gesprochene Entschädigung auf 2500 Fr. zu reduziren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der 1838 geborene Kläger war bei der beklagten Fabrik zuletzt als Oeler mit einem Taglohne von 3 Fr. 10 Cts. angestellt. Wie nun die Vorinstanz thatsächlich gestützt auf den geführten Zeugenbeweis und die Ergebnisse des in der ersten Instanz eingenommenen Augenscheins feststellt, wurde dem Kläger am 6. März 1889 beim Oelen eines sogenannten Kellerganges, vor welchem ein Brett angebracht war, dasselbe, da der Riemenschuß zwischen Brett und Riemenscheibe passirt, an den Kopf geschleudert. Der Kläger wich unwillkürlich zurück und prallte dabei mit dem linken Ellenbogen gegen die rückwärts befindliche Cementmauer an, was eine sofortige Anschwellung des Ellbogens zur Folge hatte. Der Kläger wurde vom Fabrikarzte behandelt; sein Zustand verschlimmerte sich indeß. Nachdem schon vorher ein Stück Knochen aus dem Ellbogen hatte entfernt werden müssen, wobei ein starker Bluterguß in die Gelenkkapsel konstatirt worden war, wurde am 13. November 1889 die Amputation des linken Armes in der untern Hälfte des Oberarms nothwendig. Nach rasch erfolgter Heilung wurde der Kläger am 24. November 1889 aus der ärztlichen Behandlung entlassen.

2. Gegenüber der auf das eidgenössische Fabrikhaftpflichtgesetz gestützten Entschädigungsforderung des Klägers hat die Beklagte vor den kantonalen Instanzen in erster Linie bestritten, daß sich am 6. März 1889 überhaupt ein Unfall der vom Kläger behaupteten Art ereignet habe; vielmehr habe der Kläger schon am 27. Januar 1889 eine Quetschung erlitten; aus dieser Thatsache klage er aber nicht und es wäre überdem die Klage wegen der-

selben verjährt. Diese Einwendung fällt für das Bundesgericht ohne weiters außer Betracht, da die kantonalen Instanzen in verbindlicher Weise die Richtigkeit der Sachdarstellung des Klägers festgestellt haben. Im Weitern hat die Beklagte eingewendet, daß die Erkrankung des Klägers nicht die Folge eines in der Fabrik erlittenen Unfalles, sondern eine Folge seiner krankhaften Veranlagung sei; wie nämlich ärztlich konstatirt sei, habe der Kläger schon vor dem 6. März 1889 an lokaler Knochen- oder Gelenktuberkulose gelitten. Bei einem gesunden Individuum wäre die Verletzung völlig geheilt, nur die tuberkulöse Konstitution des Klägers im Anschluß an den Bluterguß ins Gelenk, habe zu einer tuberkulösen Entzündung der verletzten Stelle geführt und die Amputation nothwendig gemacht. Die Vorinstanz führt aus, es sei allerdings wahrscheinlich, daß ohne die Prädisposition des Klägers zu lokaler Knochentuberkulose der Unfall vom 6. März 1889 nicht mit den schweren Folgen verbunden gewesen wäre, welche thatsächlich eingetreten seien. Allein die nächstliegende Ursache der nothwendig gewordenen Amputation liege doch nicht in der allgemeinen Veranlagung des Klägers, sondern eben in der erlittenen Quetschung des linken Ellbogens beim Unfalle vom 6. März 1889. Diese Quetschung sei die direkte unmittelbare Ursache der Amputation. Diese Entscheidung beruht auf keinem Rechtsirrthum, sondern im Gegentheil auf richtiger Anwendung der Grundsätze vom Kausalzusammenhange. Der Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Schaden wird dadurch nicht abgebrochen, daß zum Eintritte des Schadens außer dem Unfalle noch andere, von der Beklagten nicht zu vertretende Ursachen (die krankhafte Prädisposition des Klägers) mitwirkten; es genügt, daß der Unfall thatsächlich, wenn auch nicht allein sondern in Verbindung mit andern Umständen, den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat (siehe Amtliche Sammlung VI, S. 273 Erw. 7).

3. Besteht somit der Kausalzusammenhang zwischen dem Fabrikbetriebe und der Erkrankung des Klägers, so ist die Haftpflicht der Beklagten prinzipiell begründet. Denn ein Haftbefreiungsgrund (höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten) ist nicht nachgewiesen. Dagegen ist auch ein Verschulden der Leitung der beklagten Fabrik nicht dargethan. Wie die Vor-

instanz feststellt nämlich, war das an dem sogenannten Holländer aufgestellte Brett nur zu dem Zwecke angebracht, den Oeler vor zurückfliegenden Oeltropfen, Staub und insbesondere vor dem Luftzuge zu schützen; dagegen hatte es nicht den Zweck, dem Arbeiter Schutz gegen Unfälle zu gewähren. Die nicht vollständige Befestigung dieses Brettes kann also nicht als eine von der Fabrikleitung zu vertretende Mangelhaftigkeit einer Schutzvorrichtung betrachtet werden.

4. In Bezug auf das Quantitativ der dem Kläger zuzubilligenden Entschädigung liegt demgemäß der Reduktionsgrund des Zufalles vor; dagegen trifft nicht auch der Reduktionsgrund des Art. 5 litt. c zu. Freilich hat die geschwächte Gesundheit des Klägers dazu beigetragen, die Folgen des Unfalles schwerer zu gestalten. Allein Art. 5 litt. c cit. schreibt eine Reduktion der Entschädigung nur dann vor, wenn entweder früher erlittene Verletzungen des Geschädigten auf die letzte Verletzung oder deren Folgen einwirkten oder wenn die Haftung des Fabrikunternehmers für Berufskrankheiten der Arbeiter in Frage steht und nun die Gesundheit des Erkrankten bereits durch dessen frühere Gewerbsausübung geschwächt war. Keines von beiden trifft hier zu; es bewendet also hier bei der allgemeinen Regel, daß die Ersatzpflicht für den wirklich eingetretenen Schaden dadurch nicht gemindert wird, daß zu dessen Entstehung neben dem von dem Haftpflichtigen zu vertretenden Betriebsvorgange noch andere Faktoren, speziell die physische Beschaffenheit des Klägers, mitwirkten. Dagegen ist allerdings in Folge der konstatirten Kränklichkeit des Klägers der ihm durch den Unfall entstandene wirkliche Schaden nicht so hoch zu taxiren, als wenn der Kläger gesund gewesen wäre. Denn zufolge der tuberkulösen Disposition des Klägers war für denselben auch ohne den Unfall eine geringere Dauer der vollen Arbeitsfähigkeit wahrscheinlich. Immerhin erscheint auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes und des Reduktionsgrundes des Zufalles die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung als etwas zu knapp bemessen und eine Erhöhung derselben auf 3500 Fr. als angemessen. Die Verminderung der Arbeitsfähigkeit des Klägers durch den Unfall darf wohl auf etwa 60 % veranschlagt werden, was bei dem Einkommen des Klägers einem jährlichen

Einkommensausfall von circa 560 Fr. entspricht. Bei dem Alter des Klägers wäre nach den Grundsätzen der Rentenanstalten zum Erwerb einer lebenslänglichen Rente von diesem Betrage ein Kapital von circa 7500 Fr. erforderlich. Wird nun auch die krankhafte Disposition des Klägers berücksichtigt, so darf immerhin der demselben durch den Unfall zu Folge Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit entstandene wirkliche Schaden wohl auf annähernd 5000 Fr. veranschlagt werden (während das gesetzliche Entschädigungsmaximum den sechsfachen Jahresverdienst des Verletzten, 5580 Fr. beträgt). Angesichts dieser Verhältnisse erscheint die klägerische Forderung von 3500 Fr. nicht als übersetzt, sondern ist bei Feststellung derselben dem Reduktionsgrunde des Zufalls hinreichend Rechnung getragen worden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird abgewiesen. Dagegen wird diejenige des Klägers dahin für begründet erklärt, daß die dem Kläger zukommende einmalige Entschädigung auf 3500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 14. Februar 1890 festgesetzt wird; im Uebrigen hat es bei dem angefochtenen Urtheile sein Bewenden.

---

116. Urtheil vom 28. November 1891 in Sachen Good gegen Schumacher.

A. Durch Entscheid vom 9. September 1891 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt:

1. Der Beklagte hat der Klägerschaft inklusive die Beerdigungskosten eine Entschädigung von 3000 Fr. mit Zins à 5 % seit 22. März 1890 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt der Kläger, es sei der Beklagte zu einer Entschädigung an die Klägerin von 4000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 22. März 1890 zu verurtheilen. Dagegen trägt der Anwalt des Beklagten darauf an, es sei die Klage des gänzlichen abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte H. Schumacher hat im Frühjahr 1890 von der st. gallischen Rheinkorrektionsunternehmung die Ausführung einer Verstärkung des Kiesdammes am Rheinufer oberhalb Trübbach als Akkordant übernommen. Er hatte seine zahlreichen Arbeiter in Werkabtheilungen eingetheilt; da es bei der großen Entfernung der Baustelle von den nächstgelegenen Ortschaften unthunlich war, die Arbeiter über Mittag nach Hause zu entlassen, so hatte der Unternehmer dieselben zum Zwecke ihrer Beköstigung an Ort und Stelle in Gruppen eingetheilt, für welche je ein Arbeiter als Koch bestellt wurde. Für eine dieser Gruppen war der, als Arbeiter mit einem Tagesverdienst von 3 Fr. 20 Cts. angestellte Leonhard Good, geboren 1832, als Koch bezeichnet worden. Am 21. März 1890 war Good bis nach 11 Uhr Vormittags bei den Dammarbeiten beschäftigt. Nachdem er an seine Verrichtungen als Koch gemahnt worden war, wollte er zunächst das zum Kochen nöthige Wasser aus dem Rheine holen; er stieg zu diesem Zwecke von der Kochstelle aus in direktester Richtung über den Rheindamm die steile Steinböschung herunter, um von dem Vorgrunde der letztern aus an einer Stelle, wo die Strömung damals eine besonders reißende war, Wasser zu schöpfen. Während er den Kessel zum Wasserschöpfen in den Fluß hielt, verlor er, sei es in Folge Ausglitschens, sei es in Folge Nachgebens eines Steines, das Gleichgewicht und fiel in den Fluß; dabei wurde er fortgerissen und ertrank. Seine (gänzlich mittellosen) Hinterlassenen, die 1842 geborene Wittwe und die in den Jahren 1869, 1872, und 1877 geborenen Söhne, von welchen der älteste „stupid" sei, haben den Beklagten Schumacher, gestützt auf das erweiterte Haftpflichtgesetz auf Entschädigung für den ihnen durch den Tod ihres Ernährers entstandenen Schadens belangt.

2. Der Beklagte hat in erster Linie eingewendet, der Unfall, durch welchen der Tod des L. Good herbeigeführt wurde, sei kein Betriebsunfall und falle daher nicht unter das Haftpflichtgesetz. Diese Einwendung erscheint nach Lage der Sache als unbegründet. Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes zwar, auf welche die Kläger sich berufen, finden in concreto keine direkte Anwendung. Diese Gesetzesbestimmungen dehnen, wie ihr Inhalt klar

ergibt, die Haftpflicht der Betriebsunternehmer von Fabriken, der dem Fabrikhaftpflichtgesetze unterstehenden Fabrikherrn, aus; sie beziehen sich also nicht auf die hier in Rede stehende Haftpflicht der in Art. 1 des erweiterten Haftpflichtgesetzes genannten Inhaber von Gewerben und Unternehmer von Arbeiten. Für den Umfang der Haftpflicht der letztern ist lediglich Art. 1 des erweiterten Haftpflichtgesetzes maßgebend. Immerhin ist richtig, daß bei Interpretation des Art. 1 leg. cit. auch auf die Art. 3 und 4 Rücksicht genommen werden darf und muß und daß daher der Begriff des Betriebes und Betriebsunfalles auch für die dem Art. 1 unterstehenden Gewerbe und Unternehmungen nicht im engern sondern im weitern Sinne aufzufassen ist, wonach zum Betriebe auch konnexe Hülfsarbeiten gehören. Nun ist im Allgemeinen gewiß richtig, daß die Zubereitung der Kost für die in einem Gewerbe oder bei einem Unternehmen beschäftigten Arbeiter auch bei der weitesten Auffassung des Begriffs nicht zum Betriebe des betreffenden Gewerbes oder der betreffenden Unternehmung gerechnet werden kann und daß daher der Unternehmer für Unfälle, welche sich dabei ereignen, nicht haftpflichtig ist. Allein im vorliegenden Falle liegen nun besondere Umstände vor, welche die Verrichtung, bei welcher sich der Unfall ereignete, als im Betriebe der Unternehmung des Beklagten geschehen, als eine Hülfsarbeit derselben erscheinen lassen. Der Unternehmer hatte, in seinem eigenen Interesse, — um keine Zeit zu verlieren — den Küchendienst für seine Arbeiter von sich aus organisirt; er hatte angeordnet, daß auf dem Arbeitsplatze selbst gekocht werden müsse; der Küchendienst wurde von Arbeitern während der Arbeitszeit, also im Dienste des Unternehmers, besorgt und es hatte der letztere selbst den Getödteten als Koch für seine Werkgruppe bezeichnet. Die Besorgung des Küchendienstes vollzog sich also unter den gleichen allgemeinen Bedingungen wie die Bauarbeit selbst; der Küchendienst war in die Organisation des Unternehmens einbezogen, zum Zwecke rascherer Förderung des Baues als ein Hülfsdienst gestaltet worden. Hienach muß der Unfall, durch welchen der Ehemann und Vater der Kläger getödtet wurde, als ein Betriebsunfall betrachtet werden.

3. In zweiter Linie hat der Beklagte eingewendet, der Unfall

sei durch eigenes Verschulden des Getödteten herbeigeführt worden. In dieser Richtung nimmt die Vorinstanz an, es liege theilweises Selbstverschulden des Getödteten vor, welches immerhin nicht zu gänzlicher Abweisung, sondern nur zu billiger Reduktion der Entschädigungsforderung des Klägers führen könne. Sie spricht sich nicht darüber aus, ob sie ein konkurrirendes Verschulden des Unternehmers annehme oder aus welchem andern Grunde sie trotz des Verschuldens des Getödteten nicht zu gänzlicher Abweisung der Klage gelange. Sie verweist blos im Allgemeinen auf die Ergebnisse des Lokalaugenscheines nnd der Zeugeneinvernahme, aus welchen sich ein theilweises Selbstverschulden des Getödteten ergebe. Wird auf den Inhalt der Zeugenaussagen zurückgegangen, so ergibt sich: Das Unternehmen des Verunglückten von dem unsichern Vorgrunde der steilen Steinböschung aus, aus dem dort besonders reißenden und tiefen Strome, Wasser zu schöpfen, war offenbar ein gefährliches; da angenommen werden muß, der Getödtete hätte in etwas größerer Entfernung von der Kochstelle an ungefährlicher Stelle zum Flusse gelangen und dort Wasser schöpfen können, so hat der Verunglückte, indem er ohne Rücksicht auf die Gefahr an der nächsten Stelle Wasser schöpfte, unvorsichtig gehandelt und es ist ihm dies zum Verschulden anzurechnen. Allein auf der andern Seite trifft auch den Unternehmer ein Verschulden. Denn es ist nach den Zeugenaussagen anzunehmen, daß die betreffende gefährliche Stelle an dem Unglückstage nicht zum ersten Male von den Arbeitern zum Wasserschöpfen benutzt wurde, sondern daß dies auch vorher wiederholt unter den Augen des Unternehmers geschah. Diese Duldung einer offenbar gefährlichen Hantirung der Arbeiter ist dem Unternehmer zum Verschulden anzurechnen; es lag ihm, als Geschäftsherrn, ob, die Arbeiter von einem derartigen gefährlichen Beginnen abzuhalten und sie nicht durch sein Zusehen zu Wiederholung desselben aufzumuntern.

4. Ist demnach konkurrirendes Verschulden beider Parteien anzunehmen, so ist zwar die Entschädigungspflicht des Unternehmers prinzipiell begründet; allein es liegt der Reduktionsgrund des Art. 5 litt. b des Fabrikhaftpflichtgesetzes vor. Hievon ausgegangen erscheint die zweitinstanzlich gesprochene Entschädigung von 3000 Fr. als den Umständen angemessen. Der den Hinterlassenen

durch Entzug des Unterhaltes entstandene wirkliche Schaden ist zwar ohne Zweifel erheblich höher; er dürfte bei den vorliegenden Verhältnissen den vom Kläger bundesgerichtlich geforderten Betrag von 4000 Fr. nicht nur erreichen, sondern sogar übersteigen. Allein mit Rücksicht auf das konkurrirende Verschulden des Getödteten muß eben eine Reduktion der Entschädigung Platz greifen und es erscheint die Entschädigungssumme von 3000 Fr. als den Verhältnissen angemessen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen sein Bewenden.

---

117. Urtheil vom 28. November 1891 in Sachen Rebholz gegen Ziegel- und Thonwaarenfabrik Emmishofen.

A. Durch Urtheil vom 2. Oktober 1891 hat das Obergericht des Kantons Thurgau erkannt:

Es sei die Rechtsfrage verneinend entschieden.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er seine Anträge in schriftlicher Eingabe vom 22. Oktober dahin formulirte:

1. Gutheißung der Haftpflichtforderung im Betrage von 6000 Fr. nebst Zins vom 19. März 1890 ab; eventuell Zusprache einer Haftpflichtentschädigung nach richterlichem Ermessen. Demzufolge

2. Oeffnung des Beweisverfahrens speziell Anordnung einer Expertise über die Folgen des dem Kläger unterm 18. März 1890 zugestoßenen Unfalls, bessere Feststellung des kantonalen Thatbestandes.

Bei der heutigen Verhandlung hält der Vertreter des Klägers die schriftlich angemeldeten Anträge aufrecht.

Der Anwalt der Beklagten und Rekursbeklagten dagegen trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Willibald Rebholz, der in der Fabrik der Beklagten als Arbeiter angestellt war, glitschte am 18. März 1890 bei Beförderung beladener Schubkarren in der Trocknenanstalt aus, was eine Distorsion des linken Fußgelenkes zur Folge hatte. Er war in Folge dieses Unfalles vorübergehend gänzlich arbeitsunfähig. Nachdem er am 2. Juni 1890 vorläufig aus der ärztlichen Behandlung entlassen worden war, stellte er am 16. Juni 1890 eine Quittung aus, wodurch er bekannte, als Entschädigung für die Folgen des Unfalles 301 Fr. 90 Cts. empfangen zu haben, sich mit dieser Entschädigung für vollkommen abgefunden erklärte und allen und jeden weitern Entschädigungsansprüchen entsagte, „welche ihm aus dem gedachten Unfall an seiner Arbeits„geberin gesetzlich oder aus irgend einem Grunde zustehen sollten, „unter dem Vorbehalte jedoch, daß nicht etwa innerhalb Jahres„frist, vom Tage des Unfalles ab gerechnet, Tod oder Invalidität „als direkte Folge der Verletzung eintritt." Der letztere Vorbehalt ist der auf einem gedruckten Formulare der Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur enthaltenen Quittung handschriftlich beigefügt. In der Folge erlitt der Verletzte Rückfälle, so daß er wiederholt vom 7. Juli bis 3. September 1890 und vom 13. Oktober 1890 bis 15. Januar 1891 ganz oder theilweise arbeitsunfähig war und ärztlich behandelt werden mußte. Er erhielt dafür laut Quittungen vom 9. September 1890 und 3. Februar 1891 Entschädigungsbeträge von 214 Fr. 25 Cts. und 350 Fr.; in diesen Quittungen ist jedem weitern Entschädigungsanspruche für die Folgen des Unfalles entsagt, ohne daß, wie in der Quittung vom 16. Juni 1890, ein Vorbehalt gemacht wäre. Am 22. Juni 1891 leitete nun aber der Kläger Haftpflichtklage auf Bezahlung einer Entschädigung von 6000 Fr. ein, indem er behauptete, der verletzte Fuß sei zur Stunde noch nicht geheilt und seine Arbeitsfähigkeit bleibe dauernd um die Hälfte reduzirt. Die ihm von der Beklagten gewährte Entschädigung sei offenbar viel zu gering und die Abfindung daher anfechtbar; er anerbot Beweis über die Folgen des Unfalles. Die Beklagte stellte der Klage die Einreden

des Verzichtes und der Verjährung entgegen; überdem bestritt sie, daß dauernde Arbeitsunfähigkeit vorliege; wenn das Fußleiden wieder aufgetreten sei, so sei dies nicht eine Folge des Unfalles, sondern vom Kläger selbst (durch übermäßiges Tanzen) verschuldet. Beide Vorinstanzen haben die Einrede der Verjährung und des Verzichts für begründet erklärt und daher die Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen.

2. Wird zunächst der Einwand der Verjährung geprüft, so erscheint derselbe als begründet, sofern nicht eine Unterbrechung der Verjährung stattgefunden hat. Denn die Verjährungsfrist für Fabrikhaftpflichtansprüche beträgt nach Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes ein Jahr und läuft in Verletzungsfällen vom Tage der Verletzung an. Sie ist also in concreto abgelaufen, wenn nicht eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten ist. Wenn heute der klägerische Anwalt noch behauptet hat, es sei gemäß Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes wegen Verspätung der Unfallsanzeige eine Hemmung der Verjährung eingetreten, so kann hierauf schon deßhalb nichts ankommen, weil diese Behauptung völlig neu ist, nicht schon vor den kantonalen Instanzen vorgebracht wurde. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob die gedachte Bestimmung des erweiterten Haftpflichtgesetzes für Ansprüche aus Fabrikhaftpflicht überhaupt gilt und nicht vielmehr nur auf die unter das erweiterte Haftpflichtgesetz fallenden Gewerbe und Unternehmungen sich bezieht.

3. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob für die Unterbrechung der Verjährung von Fabrikhaftpflichtansprüchen überhaupt die gemeinrechtlichen Vorschriften d. h. die Vorschriften des Art. 154 O.-R. gelten, oder ob nicht vielmehr für Fabrikhaftpflichtansprüche eine andere Unterbrechung der Verjährung als diejenige durch Erhebung der Klage überhaupt ausgeschlossen ist (vergleiche in Betreff der Verjährung von Eisenbahnhaftpflichtansprüchen Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung VII, S. 539 u. ff. Erw. 2). Denn jedenfalls, auch wenn die Vorschriften des Obligationenrechtes über Unterbrechung der Verjährung anwendbar sein sollten, so hat eine Unterbrechung der Verjährung hier nicht stattgefunden.

4. Der Kläger behauptet, es sei die Verjährung durch Anerkennung seitens des Schuldners, insbesondere durch von diesem

geleistete Abschlagszahlungen unterbrochen worden. Dies erscheint aber nicht als richtig. Die von der Beklagten geleisteten Zahlungen sind nicht als Abschlagszahlungen auf eine dadurch als bestehend anerkannte größere Schuld, sondern zum Zwecke vollständiger Tilgung der Ansprüche des Klägers geleistet worden. Dies ergibt sich unzweideutig aus dem Wortlaute der Quittungen, welche die Beklagte sich dafür ausstellen ließ. Es kann danach aus den gedachten Zahlungen eine Anerkennung des nunmehr geltend gemachten weitern klägerischen Anspruchs auf Entschädigung für angeblich eingetretene dauernde Invalidität nicht hergeleitet werden. Ebensowenig liegt eine solche Anerkennung darin, daß die Beklagte die Quittung vom 16. Juni 1890 mit dem darin aufgenommenen Vorbehalte entgegennahm. Durch diesen Vorbehalt wurde lediglich konstatirt, daß der Verletzte durch Ausstellung der Quittung nicht auch auf Entschädigungsansprüche für dauernde Invalidität u. s. w. verzichte, nicht dagegen werden solche Ansprüche von der Beklagten anerkannt. Der Verletzte hat dadurch seinem in der Quittung enthaltenen Verzicht keine Beschränkung beigefügt, nicht dagegen die Beklagte eine Anerkennung weitergehender Ansprüche des Klägers ausgesprochen. Uebrigens ist der Vorbehalt der Quittung vom 16. Juni 1890 in den spätern Quittungen vom 9. September 1890 und 3. Februar 1891 nicht reproduzirt und wäre die Klage, da zwischen der Entgegennahme der Quittung vom 16. Juni 1890 und der Klageanhebung mehr als ein Jahr verstrichen ist, selbst dann verjährt, wenn die Entgegennahme der Quittung vom 16. Juni 1890 die Verjährung unterbrochen hätte.

5. Erscheint somit die Einrede der Verjährung als begründet, so ist nicht weiter zu untersuchen, ob die sonstigen der Klage entgegengestellten Einwendungen begründet wären.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Thurgau sein Bewenden.

118. Urtheil vom 18. Dezember 1891 in Sachen Wolf gegen Bucher & Durrer.

A. Durch Urtheil vom 6. Oktober 1891 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald erkannt:

Die von der Beklagtschaft aufgeworfene zerstörliche Einrede der Verjährung und versäumten Nothfrist wird begründet erklärt und ist Beklagtschaft somit nicht mehr verpflichtet, auf die Rechtsbegehren der Klägerschaft sich einzulassen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung ist keine Partei erschienen oder vertreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 15. März 1889 erlitt Alois Wolf, welcher in der Parqueteriefabrik der Beklagten als Arbeiter angestellt war, bei Handhabung einer Fraise eine nicht unerhebliche Verletzung der linken Hand, welche eine bleibende Verminderung der Leistungsfähigkeit der Hand und des Armes zur Folge hat. Die Anzeige über den Ausgang des Unfalles erfolgte (auf behördliche Aufforderung) definitiv erst am 13. September 1890; in derselben ist mitgetheilt, daß Wolf am 25. Juli 1889 als geheilt erklärt und mit 104 Fr. Arbeitslohn, 104 Fr. Kostgeld nebst Zahlung der Arztkosten entschädigt worden sei. Die gütliche Verständigung mit Wolf über die Entschädigung war am 13. März 1890 erfolgt. Mit Ladung vom 17. Februar 1891 citirte der Vormund des Wolf die Beklagten vor Friedensrichteramt, indem er eine Entschädigungsforderung für die Folgen des Unfalles vom 15. März 1889 geltend machte, die er später vor Civilgericht auf 4000 Fr. fixirte. Die Beklagten stellten der Klage die Einwendungen des Vergleichs und der Verjährung entgegen. Dadurch veranlaßt, citirte der Vertreter des Wolf die Beklagten am 6. Juli neuerdings vor Friedensrichteramt und zwar über die Rechtsfrage, „ob nicht die Abmachung mit Wolf, datirt den 13. März 1890, als ungenügend zu beurtheilen und die an Wolf zu entrichtende Entschädigung gerichtlich zu fixiren sei." Die Beklagten stellten

auch diesem Rechtsbegehren die Einrede der Verjährung entgegen. Die erste Instanz (Civilgericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald) hat dieselbe abgewiesen, von der Ansicht ausgehend, die Anfechtungsklage aus Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes unterliege in Ermangelung einer speziellen gesetzlichen Bestimmung nicht der kurzen Verjährung der Fabrikhaftpflichtklagen, sondern der gemeinrechtlichen zehnjährigen Verjährung des Obligationenrechtes. Die zweite Instanz dagegen hat durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil die Einrede der Verjährung für begründet erklärt.

2. In rechtlicher Beziehung ist zu bemerken: Für Klagen aus Fabrikhaftpflicht gilt allgemein die einjährige Verjährung des Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes; eine Ausnahme hievon für den Fall, daß dem Geschädigten vertraglich eine als offenbar unzulänglich beanstandete Entschädigung gewährt wurde, ist nicht gemacht. Allerdings erklärt Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes derartige Verträge für anfechtbar. Allein hiedurch wird nicht ein selbständiger Anspruch statuirt, welcher einer eigenen Verjährung unterläge, sondern wird nur ausgesprochen, daß durch einen derartigen Vertrag der Haftpflichtanspruch nicht aufgehoben werde, daß vielmehr ein solcher Vertrag als ein anfechtbarer der Geltendmachung des Haftpflichtanspruches, sofern dieser eben überhaupt noch besteht, nicht entgegenstehe, sondern die auf denselben gegründete Einrede durch die Anfechtung des Vertrages beseitigt werden könne. Die Annahme der gegentheiligen, von der ersten Instanz vertretenen, Ansicht würde thatsächlich für die Fälle, in denen eine vertragliche Abfindung stattgefunden hat, zu einer völlig unannehmbaren Verlängerung der Dauer der Haftpflicht des Betriebsunternehmers führen. Diese kann um so weniger in der Absicht des Gesetzgebers liegen, als dem Geschädigten gemäß Art. 8 i. f. des erweiterten Haftpflichtgesetzes stets noch mindestens drei Monate von Erstattung der Anzeige über den Ausgang des Unfalles an die Behörde zur Geltendmachung seines Rechtes zur Verfügung bleiben müssen, also in aller Regel dafür gesorgt ist, daß er eine offenbar unbillige Abfindung binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist anfechten kann. Für diese Auffassung spricht denn auch die Entstehungsgeschichte und der Zu-

sammenhang des Gesetzes. Die im bundesräthlichen Entwurfe sich nicht findende Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 wurde im Laufe der Berathungen in den eidgenössischen Räthen (auf Antrag der ständeräthlichen Kommission) beigefügt und zwar wurde sie an die Vorschrift angeschlossen, wonach den Interessenten Mittheilung zu machen ist, wenn amtlich ermittelt wird, daß ein Geschädigter auf außergerichtlichem Wege die ihm gesetzlich zukommende billige Entschädigung nicht erhalten hat. Die Vorschrift bezweckte demnach einfach, dem Geschädigten, nachdem er auf sein gesetzliches Recht aufmerksam gemacht worden ist, dessen Geltendmachung in gleicher Weise zu ermöglichen, möge er nun vorher eine offenbar unzulängliche oder gar keine Entschädigung erhalten haben. Wie im letztern Falle zweifellos der Haftpflichtanspruch binnen der einjährigen Verjährungsfrist geltend gemacht werden muß, so gilt dies daher auch für den Fall, wo eine vertragsmäßige Abfindung stattgefunden hat.

3. Geht man hievon aus, so muß, in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz, die Einrede der Verjährung für begründet erklärt werden. Gemäß Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes begann die einjährige Verjährung von dem Tage der Verletzung (15. März 1889) an zu laufen. Da die Unfallsanzeige, nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, erst am 13. September 1890 erfolgte, so war dieselbe, gemäß Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes eine verspätete; es ist also das Verjährungshinderniß des Art. 8 in fine eingetreten, d. h. mit Ablauf des neunten Monates der Verjährungsfrist wurde der Lauf der Verjährung gehemmt, um erst mit Erstattung der Unfallsanzeige wieder zu beginnen. Die sachbezügliche Bestimmung des Art. 8 in fine nämlich gilt nicht nur für die unter das erweiterte Haftpflichtgesetz fallenden Gewerbe und Unternehmungen sondern auch für die dem Fabrikhaftpflichtgesetze unterliegenden Betriebsunternehmer. Hiefür sprechen sowohl der Wortlaut des Gesetzes, welches (in Art. 8 Abs. 1) auch das Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juli 1881 ausdrücklich anführt, was nicht geschehen wäre, wenn die Bestimmungen des Art. 8 sich auf die Betriebsunternehmer von Fabriken nicht beziehen sollten, als auch innere Gründe. Denn es ist in der That ein Grund nicht einzusehen, warum die Bestim-

mungen des Art. 8 cit. speziell nur für die erst durch das erweiterte Haftpflichtgesetz der Haftpflicht unterstellten Gewerbe und Unternehmungen nicht aber auch für Fabriken gelten sollte. Danach begannen denn die drei letzten Monate der Verjährungsfrist erst vom 13. September 1890 an zu laufen. Allein wenn dem auch so ist, so ist nichts destoweniger die Verjährung eingetreten, da eben der Prozeß nicht binnen drei Monaten, vom 13. September 1890 an gerechnet, eingeleitet wurde. Daß in casu etwa eine Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung stattgefunden habe, ist nicht behauptet, und es braucht daher nicht weiter untersucht zu werden, ob bei Fabrikhaftpflichtansprüchen eine Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung statthaft sei und ob in casu eine solche (durch den Abfindungsvertrag vom 13. März 1890) eingetreten wäre. Letzteres wäre übrigens gemäß den vom Bundesgerichte in seiner Entscheidung in Sachen Rebholz gegen Ziegelfabrik Emmishofen vom 28. November 1891 aufgestellten Grundsätzen zu verneinen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald sein Bewenden.

IV. Urheberrecht an Werken der Kunst und Literatur. — Droit d'auteur pour œuvres d'art et de littérature.

119. Urtheil vom 18. Dezember 1891 in Sachen Aktiengesellschaft Artistisches Institut Orell Füßli & Cie. gegen Genossenschaft Schweizerisches Vereinssortiment.

A. Durch Urtheil vom 25. September 1891 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

1. Die Verantworterin ist berechtigt, ein Zeitungsblatt unter dem Titel „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel" herauszugeben.

2. Die Verantworterin hat der Klägerin keine Entschädigung zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils und in Gutheißung der Klagebegehren zu erkennen:

1. Die Beklagte ist nicht berechtigt, ein Zeitungsblatt unter dem Titel „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel" herauszugeben.

2. Die Beklagte soll der Klägerin eine Entschädigung von 3000 Fr. mit Zins à 5 % seit Anhebung der Klage, bezahlen.

Der Vertreter der Beklagten trägt dagegen auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In den Jahren 1882—1885 bestand in Olten eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Schweizerisches Vereinssortiment." Nachdem sich im Jahre 1885 diese Aktiengesellschaft aufgelöst hatte, konstituirten sich eine Anzahl schweizerischer Buchhändler unter der gleichen Firma als Genossenschaft mit Sitz und Ge-

richtsstand in Olten. Zweck der Genossenschaft ist Kauf und Verkauf buchhändlerischer Konsumartikel. In Art. 22 der Statuten ist bestimmt: „Die Beschlüsse der Generalversammlung sowie überhaupt die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen werden im „Anzeiger für den Schweizerischen Buchhandel" den Mitgliedern zur Kenntniß gebracht." Dieser „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel" wurde schon im Jahre 1883 vom damaligen Geschäftsführer des schweizerischen Vereinssortiments, E. Ziegenhirt und dann von dessen Nachfolger H. Hambrecht herausgegeben, von beiden unter Hervorhebung ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer des Vereinssortiments. Am 3. November 1888 beschloß der Vorstand des schweizerischen Vereinssortiments, den Anzeiger auf Neujahr wegen mangelnder Betheiligung eingehen zu lassen. Vom Januar 1889 an ließ hierauf die Klägerin in Zürich einen „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel" erscheinen. Seit September 1890 veröffentlichte auch das Schweizerische Vereinssortiment wieder einen „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel," der (durch die Bezeichnung des Jahres 1890/1891 als VII. Jahrgang) als Fortsetzung des frühern von den Geschäftsführern des Vereinssortiments herausgegebenen Anzeigeblattes qualifizirt wird. Beide Publikationen werden an eine Reihe von Interessenten, insbesondere die sämmtlichen schweizerischen Buchhandlungen, gratis versandt und enthalten im Wesentlichen Inserate aus buchhändlerischen oder mit dem Buchhandel in Verbindung stehenden Kreisen, daneben gelegentlich Mittheilungen, welche buchhändlerische oder Vereinsangelegenheiten betreffen. Die Klägerin hat nun gegenüber dem schweizerischen Vereinssortiment unter Berufung auf das Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 23. April 1883 die aus Fakt. B ersichtlichen Begehren gestellt, mit der Behauptung, der Gebrauch des Titels „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel" durch die Beklagte enthalte einen Eingriff in das der Klägerin an diesem Titel zustehende Urheberrecht. Beide Instanzen haben die Klage abgewiesen, weil der fragliche Zeitungstitel kein Produkt eigener geistiger Thätigkeit des Verfassers sei und somit keinen Anspruch auf Urheberrechtsschutz habe.

2. In rechtlicher Beziehung ist den Vorinstanzen darin beizutreten, daß der Zeitungstitel „Anzeiger für den schweizerischen Buchhandel" keinen Gegenstand des Urheberrechts bildet. Der Schutz des Urheberrechtsgesetzes ist nach Art. 1 desselben den „Werken der Literatur und Kunst" verliehen. Ein Bücher- oder Zeitungstitel für sich allein nun enthält eine bloße Bezeichnung eines Werkes, erscheint dagegen nicht selbst als ein solches; er enthält nicht selbst eine Gedankendarstellung, wie sie zum Begriffe eines schutzfähigen Werkes der Literatur erforderlich ist, sondern gibt nur (soweit es sich um den Titel eines literarischen Werkes handelt) die Bezeichnung für eine solche. Die bloße Entlehnung eines Bücher- oder Zeitungstitels für ein im Uebrigen selbständiges Werk involvirt daher keine Urheberrechtsverletzung. Das literarische Werk, die Gedankendarstellung selbst, ist durch eine solche Entlehnung weder ganz noch theilweise nachgedruckt. Dies ist denn auch in Literatur und Praxis weitaus überwiegend anerkannt (vergl. Kohler, Autorrecht, S. 132 u. ff. und die dort angeführten; Dambach, Fünfzig Gutachten über Nachdruck und Nachbildung u. s. w. (1891) S. 241, 260; Klostermann, Urheberrecht I S. 147; Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen XII, S. 116; Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale* Nr. 631 u. ff.). Im vorliegenden Falle übrigens könnte von einer Urheberrechtsverletzung auch aus dem andern Grunde nicht die Rede sein, weil die Klägerin ja gar nicht die Urheberin des streitigen Zeitungstitels ist, sondern denselben einfach der frühern, in Olten erschienenen Publikation entlehnt hat, also, wenn von einem Urheberrechte hier gesprochen werden könnte, ihrerseits eine Urheberrechtsverletzung begangen hätte. Ist somit ein Urheberrecht an dem streitigen Titel ausgeschlossen, so ist die Klage ohne weiters abzuweisen. Denn dieselbe ist sowohl vor den kantonalen Instanzen als im heutigen Vortrage ausschließlich auf eine behauptete Verletzung des klägerischen Urheberrechts begründet worden; einen anderweitigen Klagegrund, speziell etwa daß in der Verwendung des streitigen Zeitungstitels durch die Beklagte ein gemäß Art. 50 u. ff. O.-R. verpönter Akt der concurrence déloyale liege, hat die Klägerin nicht behauptet, so

daß auch die Beklagte keine Veranlassung hatte, sich darüber auszusprechen; es ist daher auf die Prüfung der Frage, ob eine Klage wegen concurrence begründet wäre, vom Richter nicht einzutreten, weßhalb denn auch nicht untersucht zu werden braucht, ob (was zwischen den Parteien bestritten ist) der Klägerin oder der Beklagten die Priorität im Gebrauche des streitigen Zeitungstitels zustehe. Bemerkt werden mag nur im Allgemeinen, daß eigenartige, nicht blos allgemeine (einfach den behandelten Gegenstand oder die Art der Publikation in der gemeinüblichen Weise bezeichnende) Titel, speziell Zeitungstitel, des rechtlichen Schutzes nicht entbehren, sondern gegen Nachahmungen, welche geeignet sind, eine Täuschung des Publikums hervorzurufen, geschützt sind. Allein dieser Schutz ist nicht Urheberrechtsschutz, sondern Schutz gegen rechtswidrige Konkurrenz, gegen täuschende Manipulationen, welche bezwecken, ein neues Produkt unter der Bezeichnung des alten, und demnach unter Benutzung des für dieses begründeten Rufes, einzuführen. Der Schutz des Zeitungstitels unterliegt demgemäß auch ganz andern Regeln als derjenige des Urheberrechts. Einerseits erlischt derselbe mit dem definitiven Eingehen der Zeitung, andrerseits besteht er so lange, als die Zeitung überhaupt besteht, ohne Rücksicht auf die zeitlichen, dem Urheberrechte gesetzten Schranken (siehe Kohler, am angeführten Orte, S. 135, 136).

Demnach hat das Bundesgericht

in Bestätigung des angefochtenen Urtheils

erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

V. Rechnungswesen der Eisenbahnen.
Comptabilité des Compagnies de chemins de fer.

120. Urtheil vom 21. November 1891 in Sachen Bundesrath gegen Gotthardbahngesellschaft.

A. Durch Beschluß vom 23. Juni laufenden Jahres hat der schweizerische Bundesrath die Gotthardbahngesellschaft eingeladen, zu Lasten der Betriebsrechnung beziehungsweise Gewinn- und Verlustrechnung pro 1890 einen Betrag von 9605 Fr. 28 Cts. für zu viel verrechnete Frachten auf Materialtransporten zu Bauzwecken abzuschreiben. Die Generalversammlung der Aktionäre der Gotthardbahn beschloß am 27. Juni gleichen Jahres, diesen Beschluß nicht anzuerkennen.

B. Mit Eingabe vom 20. Juli 1891 stellt daher das schweizerische Eisenbahndepartement beim Bundesgericht den Antrag: Das Bundesgericht wolle die Schlußnahme des Bundesrathes vom 23. Juni dieses Jahres betreffend Abschreibung von 9605 Fr. 28 Cts. für zu viel verrechnete Frachten für Materialtransporte zu Bauzwecken gutheißen. Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht: Die Verwaltung der Gotthardbahn habe im Jahre 1890 für Materialtransporte zu Bauzwecken den Baukonto im ganzen mit einem Frachtbetrage von 31,962 Fr. 40 Cts. belastet. Der gleiche Betrag figurire in der Betriebsrechnung desselben Jahres als Einnahme aus dem Gütertransporte. Die verrechneten Frachten seien auf Grundlage der allgemeinen Tarife verrechnet worden, welche so konstruirt seien, daß die Frachteinnahmen nicht nur die eigentlichen Betriebskosten sondern auch die Kapitalzinsen inklusive Dividenden decken. Der Baukonto sei also im vorliegenden Falle mit Kapitalzinsen in der Form von Frachten belastet worden. Diese Kapitalzinse betragen nach der von der Bahngesellschaft nicht angegriffenen Rechnung des Eisenbahndepartementes im Minimum 9605 Fr. 28 Cts., während die mit den genannten Materialtransporten verbundenen

Betriebskosten inklusive Abschreibungen und Einlagen in den Reservefonds im Maximum 22,357 Fr. 12 Cts. ausmachen. Der Baukonto dürfe nun nur mit den Selbstkosten der Materialtransporte, im vorliegenden Falle also mit 22,357 Fr. 12 Cts. belastet werden. Denn nach Art. 2 des Eisenbahnrechnungsgesetzes sei jede Inanspruchnahme des Baukapitals für Zinsen irgend welcher Art, mit Ausnahme einzig der sogenannten Bauzinsen, also auch die Verrechnung von Kapitalzinsen in der Form von Frachten unzuläßig. Auch beim Baue neuer Linien sei die Einrechnung von Kapitalzinsen in die Frachten unzuläßig, da sie einer doppelten Verzinsung eines Theiles des Baukapitals zu Lasten des Baukonto gleichkommen würde. Die Verzinsung des Baukapitals der im Betriebe stehenden Linien dürfe in keinem Falle und in keinem Theile dem Baukonto belastet werden. Die Tarife, welche einerseits die Selbstkosten, andrerseits die Kapitalzinse in sich schließen, kommen nur im Verhältnisse zu Dritten in Betracht. Dies gehe schon daraus hervor, daß Transporte, welche zu Lasten der Betriebsrechnung fallen, in keinem Falle den gewöhnlichen Tarifen unterstellt, sondern entweder taxfrei oder zu Ausnahmetaxen, welche nur die Selbstkosten des Transportes decken, ausgeführt werden. Der wirkliche Grund, warum die Gotthardbahn den Baukonto zu Gunsten der Transporteinnahmen mit Kapitalzinsen in der Form von Frachten belaste, liege in den Rückkaufsbestimmungen der Konzessionen. Wenn die Gotthardbahngesellschaft sich auf die Praxis der Mehrzahl der schweizerischen Bahnen berufe, so sei dem gegenüber zu betonen, daß der Bundesrath seit dem Jahre 1884 niemals die Verrechnung von Kapitalzinsen in der Form von Frachten prinzipiell zugegeben habe. Neuerlich habe die Präsidialverwaltung des schweizerischen Eisenbahnverbandes dem Eisenbahndepartement ein Reglement betreffend die Taxberechnung für die dienstlichen Sendungen vorgelegt, welches in Art. 4 bestimme, daß für Sendungen über 50 Kilogramm zum Zwecke von Ergänzungs- und Neubauten des eigenen Netzes die tarifmäßigen Taxen zu Gunsten der Transporteinnahmen und zu Lasten des Baukonto berechnet werden. Das Eisenbahndepartement habe hierauf erwidert, es erscheine ihm dies als unzuläßig; für derartige Transporte sollten die Gesellschaften mit der Vergütung der wirklichen Transportkosten sich begnügen, welche zur Ver-

einfachung allerdings zum Voraus allgemein fixirt werden mögen. Die Berechnung blos der wirklichen Kosten für solche Transporte liege in der Natur der Sache, da es doch unmöglich als richtig zugestanden werden könne, sich einen Gewinn auf einer Leistung gutzuschreiben, welche aus der eigenen, wenn auch von der für den Betrieb getrennten Kasse bezahlt werden müsse.

C. In ihrer Vernehmlassung auf diese Eingabe beantragt die Direktion der Gotthardbahngesellschaft, „das Bundesgericht möge das Rekursbegehren des Bundesrathes gegen den Beschluß unserer Generalversammlung vom 27. Juni dieses Jahres prizipiell abweisen." Sie führt im Wesentlichen aus: Die streitige Frage sei die, ob eine Eisenbahngesellschaft berechtigt sei, Materialtransporte zu Bauzwecken nach ihren gewöhnlichen Tarifen zu taxiren und zu Gunsten des Betriebs zu verrechnen. Vorausgesetzt sei dabei, daß es sich um Transportgegenstände (Steine, Holz, Schwellen, Schienen, Maschinentheile, Maschinen, Mobilien u. s. w.) handle, welche zu Bauzwecken des eigenen Unternehmens bestimmt seien, d. h. es müssen entweder die Gegenstände selbst oder dann die Objekte, zu deren Erstellung sie dienen, nach den Vorschriften des Eisenbahnrechnungsgesetzes auf Baurechnung gestellt werden dürfen. Nicht bestritten sei, daß in derartigen Fällen die Transportkosten einen Bestandtheil der Baurechnung bilden; dagegen sei bestritten, ob als solche nur die sogenannten Selbstkosten verrechnet werden, oder aber die normalen Tarife, wie sie für das Publikum bestimmt seien, angewendet werden dürfen. Abgesehen nun davon, daß die Selbstkosten einer größern oder kleineren Anzahl einzelner Transporte gar nicht genau angegeben werden können und über den Begriff der Selbstkosten in Theorie und Praxis überhaupt Streit bestehe, sei die Ansicht des Eisenbahndepartementes, daß nur die sogenannten Selbstkosten verrechnet werden dürfen, prinzipiell unrichtig. Das Eisenbahndepartement scheine behaupten zu wollen, es finde eine zweimalige Verzinsung des gleichen Baukapitals statt und es sei deßhalb die Anwendung der normalen Tarife unzuläßig. Das sei aber völlig unrichtig. Die Sachlage sei vielmehr eine ganz andere. Die Tarife einer Eisenbahn haben in erster Linie für die Selbstkosten des Betriebes im engern Sinne und sodann für die Verzinsung des in der Bahnanlage verwendeten Baukapitals Sorge zu tragen. Habe nun eine Eisenbahngesell-

schaft gleichzeitig eine Linie im Betrieb, eine andere Linie oder, — was wohl gleichbedeutend sei, — einen wesentlichen Bestandtheil ihres Netzes während längerer Zeit noch im Bau, so habe sie nebst dem Baukapital der fertig erstellten, betriebenen Linie auch noch das successive aufzubringende Kapital der zu erstellenden Linie zu verzinsen. Es seien somit zwei Baukapitale vorhanden und selbstverständlich zu verzinsen. Die Verzinsung des erstern geschehe durch Erhebung der normalen Frachtsätze, diejenige des zweiten durch die direkte Verrechnung von Bauzinsen. Damit werden nun allerdings zweimal Bauzinse verrechnet, aber für zwei ganz verschiedene Kapitale. Dabei sei es selbstverständlich ganz gleichgültig, für wen auf der betriebenen Linie die Transporte besorgt werden. Es seien die beiden Kapitale da und beide zu verzinsen. Es sei weder durch eine besondere gesetzliche Vorschrift noch etwa durch die Natur der Sache einer Eisenbahngesellschaft untersagt, für ihre Bautransporte normale Taxen zu verrechnen. Im Gegentheil spreche die Natur der Sache für eine solche Verrechnung der normalen Taxen. Würde ein Krämer, der für seine Haushaltung Waaren aus seinem Laden beziehe, hiefür seine Ankaufspreise verrechnen, so wäre dies gewiß unrichtig; die Haushaltung käme dabei zu gut, das Geschäft zu schlecht weg. Ganz gleich sei es bei der Eisenbahn. Es sei auch nicht einzusehen, warum die erste Anlage einer Eisenbahn, wo die Transporte Dritten bezahlt werden müssen mit normalen Transportkosten, die spätern dagegen mit Selbstkosten i. e. S. belastet werden sollen. Die von der Gotthardbahngesellschaft vertretene Auffassung werde von sämmtlichen schweizerischen Eisenbahnverwaltungen ohne Ausnahme vertreten. Die Behauptung des Eisenbahndepartementes, daß der wahre Grund der Verrechnungsweise der Gotthardbahn in den Rückkaufsbestimmungen liege, sei durchaus unrichtig.

D. In seiner Replik führt das eidgenössische Eisenbahndepartement im Wesentlichen aus: Die Selbstkosten des Transportes seien keineswegs so unbestimmbar, wie die Bahnverwaltung glauben machen wolle. So gut es möglich sei, dieselben zum Zwecke der Erstellung irgend welcher Ausnahmetarife zu ermitteln, so gut sei es auch möglich, die Kosten des Materialtransportes für Bauzwecke festzustellen. Uebrigens habe die Gotthardbahn die vom Departemente aufgestellte Selbstkostenrechnung nicht bestritten. Das

Departement behaupte nicht, es finde eine zweifache Verzinsung des gleichen Baukapitals statt, sondern vielmehr, es werde der Baukonto zweimal mit Zinsen belastet, einmal für das zum Baue des zweiten Geleises verwendete Kapital und sodann noch für das Baukapital der im Betriebe stehenden Linie; letzteres sei aber nach Art. 2 Alinea 3 des Eisenbahnrechnungsgesetzes unzulässig, da nach diesem Gesetze der Baukonto in keinerlei Form mit Zinsen für das Baukapital der im Betriebe stehenden Linien belastet werden dürfe. Aus diesem Grundsatze folge dann aber, daß es unzulässig sei, für Materialtransporte zu Bauzwecken die normalen Tarife anzuwenden, da dadurch eben der Baukonto in That und Wahrheit mit Zinsen für das Baukapital der im Betriebe befindlichen Linie beschwert werde.

E. Duplikando hält die Gotthardbahngesellschaft an den Ausführungen ihrer Vernehmlassungsschrift fest. Sie macht geltend, es liege in der Natur der Sache, daß eine Eisenbahngesellschaft für ihre Baumaterialien die normalen Frachtsätze zu bezahlen habe. Sie werde in der Regel diese Materialien sich gar nicht anders verschaffen können. So habe die Gotthardbahngesellschaft für den Transport des Baumaterials für ihr Stammnetz den betreffenden Verkehrsanstalten die normalen Frachtsätze bezahlen müssen, worin natürlich auch Zinse des Baukapitals der betreffenden Anstalten enthalten seien. So werde sie auch für die Oberbaumaterialien der sogenannten nördlichen Zufahrtslinien die normalen Frachten bis nach Luzern und Zug bezahlen müssen. An diesen in der Natur der Sache liegenden Verhältnissen habe das Eisenbahnrechnungsgesetz nichts ändern wollen, auch nicht für den Fall, daß die betreffenden Transporte zum kleinern Theile auf der eigenen Linie befördert werden können oder müssen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Streite liegt nicht, ob für das zu Erstellung des zweiten Geleises der Gotthardbahn oder für sonstige Ergänzungs- oder Neubauten erforderliche Baukapital Bauzinsen verrechnet und dem Baukonto zugeschrieben werden dürfen; streitig ist vielmehr, ob die Gotthardbahn für Transporte zu eigenen Bauzwecken, welche sie auf ihrem eigenen Netze ausführt die vollen normalen Frachtsätze den Kosten der betreffenden Baute zuschreiben und somit auf Baukonto verrechnen dürfe, oder ob vielmehr nur die

Selbstkosten der betreffenden Transporte als Baukosten verrechnet werden dürfen.

2. Diese Frage ist in letzterm Sinne zu beantworten. Auf Baukonto dürfen, wie sich aus Art. 2 E.-R.-G. zur Evidenz ergibt und wie übrigens in der Natur der Sache liegt, nur wirkliche, für den Bau gemachte Ausgaben verrechnet werden. Dagegen geht es nicht an, als Bauauslagen auch Beträge zu verrechnen, die nicht in Wirklichkeit aufgewendet worden sind, sondern welche einer Leistung entsprechen, welche die Bahngesellschaft lediglich an sich selbst zu machen hätte und die also keine wirkliche Ausgabe darstellt. Nun erwächst der Bahngesellschaft für Transporte auf ihrem eigenen Netze nur bis zum Belaufe der Selbstkosten eine wirkliche Auslage; soweit dagegen dir normalen Frachtsätze die Selbstkosten übersteigen, entsprechen sie nicht einer Auslage der Bahngesellschaft sondern repräsentiren den durch den Betrieb der dem Verkehr übergebenen Linien bezweckten Gewinn. Wenn daher die Bahngesellschaft für Transporte zu eigenen Bauzwecken auf ihrem eigenen Netze die vollen normalen Frachtsätze als Bauauslagen behandelt, so entspricht dies dem wirklichen Sachverhalte nicht; es wird vielmehr in unzuläßiger Weise ein nicht wirklich verauslagter Betrag als Bauausgabe behandelt, ein fiktives Betriebsergebniß als Aktivum in die Bilanz eingestellt und damit in That und Wahrheit aus dem Baukapitale für die neu zu erstellenden Objekte an die Verzinsung des Anlagekapitals der alten im Betriebe befindlichen Linie beigetragen. Dies ist aber mit den Grundsätzen des Eisenbahnrechnungsgesetzes unvereinbar. Richtig ist natürlich, daß die Bahngesellschaft für Transporte von Baumaterialien auf fremden Linien die vollen von ihr bezahlten Frachtsätze auf Baukonto verrechnen darf. Allein hier liegt eben eine wirkliche Ausgabe, nicht ein blos fiktiver Ausgabeposten vor.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Dem Bundesrathe wird das von ihm gestellte Begehren zugesprochen und es wird mithin die Gotthardbahngesellschaft verpflichtet, für das Jahr 1890 9605 Fr. 28 Cts. für zu viel verrechnete Frachten auf Materialtransporten zu Bauzwecken zu Lasten der Betriebsrechnung abzuschreiben.

VI. Gewerbliche Muster und Modelle.
Dessins et modèles industriels.

121. *Arrêt du 16 Octobre 1891, dans la cause Lacreuze contre Rœsgen frères.*

Prononçant en la cause qui divise les prédites parties, le Tribunal de commerce de Genève, dans son jugement du 4 Juin 1891, a condamné J. Lacreuze à payer à Rœsgen frères, avec intérêts de droit, la somme de 200 francs, ainsi qu'aux dépens et débouté les parties du surplus de leurs conclusions.

Par acte déposé au greffe du Tribunal de commerce, le 22 Juin 1891, Lacreuze a déclaré recourir au Tribunal fédéral, en conformité de l'art. 25 de la loi fédérale du 21 Décembre 1888 sur les dessins et modèles industriels, et de l'art. 1 de la loi genevoise du 2 Février 1889 ; il a conclu à ce qu'il plaise au dit Tribunal réformer le jugement dont est appel, décharger l'appelant de toutes condamnations envers Rœsgen frères, débouter ceux-ci de toutes leurs conclusions et les condamner en tous les dépens de première instance et d'appel.

Par écriture du 8 Juillet 1891, Rœsgen frères ont conclu à la confirmation du jugement dont il s'agit, en élevant toutefois à 800 francs l'indemnité à leur payer par Lacreuze.

Dans leurs plaidoiries, les avocats des parties ont déclaré maintenir les conclusions susmentionnées.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Les sieurs Rœsgen frères, monteurs de boîtes à Genève, ont fait enregistrer à Berne, le 3 Août 1889, en conformité des dispositions de la loi fédérale du 21 Décembre 1888 sur la matière, un modèle de décoration pour montres, consistant à appliquer aux deux fonds de la boîte un rayonnement par-

tant du centre de l'un d'eux et aboutissant, sans interruption, au centre de l'autre.

Par exploit du 16 Mai 1890, Rœsgen frères ont ouvert action à Joseph Lacreuze, maître monteur de boîtes à Genève, en paiement de 800 francs à titre de dommages-intérêts, pour avoir, au mépris des droits acquis par les requérants, sciemment imité le modèle déposé et offert en vente des boîtes de montres dont la décoration est identique à celle dont les requérants ont déposé le modèle, ce qui constitue une contravention à l'art. 18, § 1 et 2 de la loi du 21 Décembre 1888 précitée, fait illicite pour lequel réparation est due, ainsi que pour le préjudice causé.

Le défendeur, par écriture du 31 Mai 1890, a conclu à son renvoi d'instance, par les motifs ci-après :

Le modèle en question n'est point nouveau, et par conséquent n'est pas la propriété de Rœsgen frères ; c'est un modèle courant, introduit à Genève par MM. François et Taponnier, maîtres guillocheurs, et tombé dans le domaine public. Lacreuze déclare qu'un client lui a commandé en dernier lieu deux boîtes savonnette, en exigeant une décoration spéciale et en désignant le guillocheur qui devait être chargé de ce travail ; Lacreuze n'a été, à cette occasion, que l'intermédiaire obligeant entre son client et le guillocheur, patron établi à Genève. Si donc une imitation dolosive du modèle des demandeurs a été faite, c'est au guillocheur qu'ils doivent s'adresser.

Après avoir entendu divers témoins, le Tribunal de commerce a prononcé ainsi qu'il a été dit plus haut, par les motifs ci après :

Il est constant que Lacreuze a fait fabriquer et a vendu à des tiers des boîtes de montres semblables à celles dont le modèle a été déposé par les demandeurs. C'est en vain que pour se justifier, le défendeur allègue, d'une part, qu'il ne s'agit point d'un motif de décoration nouveau, et, d'autre part, qu'il n'est point responsable du préjudice qui aurait été causé aux demandeurs, n'étant pas l'auteur de la décoration imitée. Si le rayonnement n'est point en lui-même un motif de déco-

ration nouveau, il ressort des témoignages entendus que Rœsgen frères ont les premiers cherché et trouvé le moyen de l'appliquer par le guillochage à la décoration de la montre, et à créer, après de nombreux essais et tâtonnements, un modèle spécial qu'ils ont déposé à Berne. Il s'agit donc bien d'un modèle nouveau, produit d'une invention propre aux demandeurs, laquelle n'avait pas été rendue publique avant l'inscription requise par eux. En outre, c'est sur les indications et d'après les conseils de Rœsgen frères que le sieur François, guillocheur, a exécuté le dit modèle. La responsabilité du défendeur est établie en principe; c'est lui qui a commandé et vendu les montres incriminées : peu importe que le travail eût été exécuté par le guillocheur Taponnier.

C'est ce jugement que Lacreuze a porté, par voie de l'appel prévu à l'art. 25 de la loi du 21 Décembre 1888 précitée, au Tribunal fédéral, et les parties ont conclu ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

En droit :

2° Le Tribunal fédéral est compétent pour se nantir du présent recours, interjeté en conformité de l'art. 25 al. 2 de la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels, statuant que les causes en contrefaçon pourront être déférées en appel au Tribunal de céans, quelle que soit l'importance du procès.

3° L'exception tirée par le sieur Lacreuze de la circontance qu'il ne serait pas l'auteur de la décoration imitée ne peut être accueillie, en présence de la constatation expresse et définitive du jugement de première instance, portant que c'est le défendeur qui a commandé et vendu les montres incriminées.

4° Il est tout d'abord incontestable qu'il s'agit dans l'espèce d'un modèle industriel, déposé en vue d'assurer la protection légale à une forme nouvelle donnée à un produit industriel en vue de l'orner, de lui assurer un aspect de nature à flatter l'œil et à satisfaire le goût, sans communiquer à ce produit aucune qualité industrielle nouvelle (voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Société anonyme française

des bascules automatiques, *Rec.* XIV, page 250. Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi du 12 Mars 1888, pages 2 et 3).

Le défendeur ne conteste pas avoir fabriqué et vendu des boîtes de montres reproduisant exactement le modèle déposé par les demandeurs les 3/5 août 1889, il estime toutefois n'avoir pas encouru les répressions prévues à l'art. 18 de la loi fédérale, mais bien plutôt se trouver au bénéfice et pouvoir exciper des dispositions de l'art. 7 de la dite loi, déclarant nuls et de nul effet les dépôts effectués, entre autres si les dessins ou modèles déposés ne sont pas nouveaux, s'ils ont reçu, antérieurement au dépôt, une publication industrielle, et si le déposant n'est pas l'auteur des dessins ou modèles déposés, ou son ayant-cause.

5° En ce qui touche d'abord la question de la nouveauté du modèle déposé, il résulte des dépositions concordantes d'un nombre considérable de témoins entendus par le Tribunal de commerce, que, bien que le procédé de guillochage employé n'ait rien d'original, les demandeurs sont les premiers qui aient appliqué aux montres forme bassines l'ornement consistant en cannelures, soit en un rayonnement allant sans interruption d'un centre à l'autre des deux faces de la boîte. Le jugement du Tribunal de commerce constate à cet égard que les demandeurs Rœsgen frères sont les premiers arrivés, après de nombreux essais et tâtonnements, à créer le modèle spécial qu'ils ont déposé à Berne.

Il suit de ce qui prècède que le modèle déposé, quoique ne nécessitant pas un nouveau procédé technique, — ainsi que les premiers juges paraissent l'avoir admis à tort, — constitue une application nouvelle, à toute une catégorie de montres, d'un motif de décoration employé, sans doute, auparavant déjà pour d'autres objets, mais que personne, avant les demandeurs, n'avait imaginé de reproduire sur les deux faces d'une montre à savonnette ordinaire, forme dite bassine.

Il ne s'agit donc pas, dans l'espèce, de l'invention d'un motif de décoration absolument neuf, ou d'un dessin entièrement nouveau, mais seulement d'une application du rayon-

nement, ou de la cannelure, à un objet nouveau, et dans une forme de nature à communiquer à cet objet, ainsi décoré, un aspect *sui generis*, de nature à satisfaire le sens géométrique ou esthétique, et à flatter le regard.

6° Or il n'existe aucun motif, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi fédérale ou du message qui l'accompagne, pour exclure du bénéfice d'une appropriation privative, soit de la protection légale, un système décoratif, nouveau en ce qui concerne son application aux montres de forme ordinaire, soit bassines, et dont l'adaptation à ce produit industriel, loin de se caractériser comme une imitation servile ou banale de modèles déjà existants, apparaît comme le résultat de recherches et de tâtonnements nombreux, qui n'ont pu aboutir que moyennant un effort indéniable de l'esprit.

Dans cette situation, il se justifie de protéger le modèle ainsi obtenu, mais en limitant, cela va sans dire, — et conformément d'ailleurs aux conclusions des demandeurs, — cette protection à l'application spéciale qui a fait l'objet du dépôt, et qui est de nature à enrichir, d'un mode d'ornementation caractéristique, un produit industriel pour lequel personne jusqu'ici n'avait songé à l'utiliser. Il est, à cet égard, indifférent que ce genre d'ornement ait été employé précédemment pour les montres dites boules ; non seulement il n'est pas prétendu que ce système ait jamais été déposé, en vue d'une appropriation exclusive dans le sens de la loi, mais encore, et surtout, l'application du système imaginé par les demandeurs a trait à une toute autre catégorie de montres et de boîtes, auxquelles cette adaptation communique un aspect nouveau, distinctif, ayant nécessité un effort créateur.

7° Les parties n'ont plus abordé, dans leurs plaidoiries de ce jour, la question de savoir si les demandeurs sont les auteurs du modèle déposé, et, en particulier, le défendeur n'a point contesté que Rœsgen frères étaient en droit d'en opérer le dépôt. Il n'y a pas lieu, dès lors, d'examiner si ce dépôt a été fait par les demandeurs en qualité d'auteur, ou comme ayant-cause de l'auteur du dit modèle.

8° S'il y a lieu de rejeter le recours par les motifs qui

précèdent, la conclusion de Rœsgen frères, tendant à l'augmentation du chiffre de l'indemnité à eux allouée par les premiers juges, n'apparaît pas non plus comme justifiée ; les dits demandeurs n'ont, en effet, point établi avoir souffert un dommage plus considérable que celui que le Tribunal de commerce a reconnu et mis à la base de son jugement, le Tribunal de céans ne peut dès lors que maintenir l'appréciation de l'instance cantonale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'appel est écarté, et le jugement rendu entre parties par le Tribunal de commerce du canton de Genève, le 4 Juin 1891, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

VII. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des particuliers ou des corporations d'autre part.

122. Urtheil vom 9. Oktober 1891 in Sachen Schaffhausen gegen Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft Neuhausen.

A. Die beklagte Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft Neuhausen ist Eigenthümerin des frühern Eisenwerkes und der Mühle Lauffen am Rheinfall bei Schaffhausen. Auf ihrem Eigenthum ist ein Fahrweg, die sogenannte Lauffengasse, angelegt, welcher vom Dorfe Neuhausen her zwischen den Fabrikgebäuden der Beklagten hindurch an das rechte Ufer des Rheines hinunterführt und dort in den öffentlichen Fußweg ausmündet, welcher dem

Rheinufer entlang nach dem Schlößchen Wörth (einer Staatsdomäne) führt. Diese Lauffengasse dient einerseits dem Fuß- und Fuhrwerkverkehr des Eigenthümers, andrerseits wird sie als öffentlicher Fußweg für den Verkehr zwischen dem Dorfe Neuhausen und dem rechten Ufer des Rheinfalles, respektive dem Schlößchen Wörth benutzt. Nachdem durch kantonales Gesetz vom 15. März 1882 vorgeschrieben worden war, es müssen bei Strafe des Erlöschens sämmtliche Grunddienstbarkeiten und Reallasten (mit Ausnahme der in einer körperlichen Anstalt sich darstellenden und der nachbarrechtlichen Belastungen) bis zum 31. August 1883 im Grundbuche (III. Theil Servitutenprotokoll) vorgemerkt werden, fand im Servitutenprotokolle der Gemeinde Neuhausen folgender Eintrag statt: „Eisenwerk Lauffen. Durch das Eisenwerk Lauffen „bis in das Schlößchen Wörth besteht ein öffentliches Fußweg„recht, anfangend im Dorfe und durch die ganze jetzt bestehende „Fahrstraße bis zum Fußwege beim Waschhaus und diesem selbst „bis in den Fußweg, der auf Staatsgebiet zum Schlößli Wörth „führt.

„Eingesehen.

„A. Bringolf, Straßeninspektor.

per Kantonsforstverwaltung I. Kreis
Neukomm; J. G. Neher-Moser,
Forstmeister.

Der Unterzeichner J. G. Neher-Moser ist unbestrittenermaßen der Rechtsvorgänger der Klägerin.

B. Im Jahre 1889 waren von der beklagten Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft in Neuhausen, sowie von der Schweizerischen Industriegesellschaft Neuhausen Konzessionen für Umänderung, respektive Erweiterung ihrer Wasserwerke am Rheinfall nachgesucht worden. Der Regierungsrath des Kantons Schaffhausen stellte als Bedingung der Ertheilung dieser Konzessionen die Abtretung des bisher der Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft Neuhausen gehörigen Mühlefelsens im Rheinfall an den Kanton Schaffhausen sowie die Vereinigung und Festsetzung der Rheingrenze am Rheinfall. In Folge dessen wurde am 21. Februar 1889 ein „Vertrag, die Vereinigung der Rheingrenze am Rheinfall, Gemarkung Neuhausen betreffend", abgeschlossen. Bei

dessen Abschluß wirkte außer dem Regierungsrathe des Kantons Schaffhausen und den beiden betheiligten Aktiengesellschaften auch die Gemeinde Neuhausen mit. Der Vertrag stipulirt in Art. 1 die unentgeltliche Abtretung der Rheinfallfelsens „Mühlefels" an den Kanton Schaffhausen zu öffentlichem Rheingebiet; in Art. 2 bestimmt er die Grenze zwischen dem öffentlichen Rheingebiet einerseits und dem Eigenthum der beiden Aktiengesellschaften andrerseits auf die in dem (allseitig unterschriftlich anerkannten) Situationsplane (Akt. 26) grün eingezeichnete, mit den Buchstaben a A B C D E F G H I K L b bezeichnete Linie. In Art. 4 behält er unter gewissen Modalitäten der Gemeinde Neuhausen eine Servitut an dem Mühlefelsen zu Gunsten ihrer Wasserversorgungsanlage vor. Bezüglich der „Wegrechte zum Rheinfall" sodann enthalten die Art. 5—7 des Vertrages folgende Bestimmungen:

„Art. 5. Der öffentliche Verkehr auf den bisher bestehenden „Wegen im Eigenthum der obgenannten Gesellschaften und zwar „vom Dorfe Neuhausen nach dem Rheinfall und Schlößchen „Wörth (Lauffengasse mit Abzweigung) und nach der Rheinfall„brücke darf weder erschwert noch ganz aufgehoben werden.

„Art. 6. Der im Situationsplan von E bis c begrenzte Aus„sichtsplatz auf den Rheinfall darf zu keinen Zeiten verbaut oder „geschmälert werden.

„Dem Staate steht das Recht zu, auf diesem Platze unbescha„det der Straßenweite Zierbäume und Ruhebänke anzulegen.

„Für den ungehinderten Zugang, beziehungsweise für die An„lage eines öffentlichen Weges zum Mühlefelsen wird von der „Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft eine Servitutslast auf „ihrem Eigenthum längs der Linie C F G in einer Breite von „zwei Meter zugestanden.

„Art. 7. Die Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft verpflichtet „sich, längs der Grenzlinie I K L b und mit entsprechender Ab„rundung von a bis b einen zwei Meter breiten Weg sammt „entsprechender Böschung, bezw. Stützmauer, nach Anweisung der „kantonalen Bauverwaltung zu erstellen und zu unterhalten.

„Zu Ermöglichung dieser Weganlage wird der Aluminium„Industrie-Aktiengesellschaft und der Schweizerischen Industriege-

„sellschaft gestattet, das durch die Ausführung der konzessionirten „Bauten sich ergebende Erdaushub- und Abbruch-Material längs „der Linie I K L b in den Rhein, nach Anordnung der kanto- „nalen Bauverwaltung, abzulagern. Bis zur Erstellung gedach- „ten Weges verpflichtet sich die Aluminium-Industrie-Aktiengesell- „schaft, einen öffentlichen Fußweg von zwei Meter Breite auf „ihrem Eigenthum innerhalb der Linie I K L b offen zu lassen.

„Nach Erstellung des neuen Weges wird derselbe dem Grund- „eigenthum der Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft einverleibt, „bezw. es wird die Grenzlinie I K L b um die Breite des neuen „Weges rheinwärts verschoben und in den Katasterplänen einge- „zeichnet.

„Die Erstellung der Zugänge auf den Mühlefelsen bei den „Punkten G I bezw. K sowie des Weges auf dem Felsen selbst „und der Unterhalt derselben ist Sache der kantonalen Bauver- „waltung."

Dieser Vertrag wurde amtlich gefertigt, im Grundbuch und Servitutenprotokoll, sowie in den Katasterplänen der Gemeinde Neuhausen eingetragen.

C. Mit Eingabe vom 9. August 1889 wendete sich die Alu- minium-Industrie-Aktiengesellschaft Neuhausen an das Baudepar- tement des Kantons Schaffhausen, indem sie auseinandersetzte, Auf der zu ihrer Liegenschaft in Lauffen-Neuhausen gehörenden sogenannten Lauffengasse laste die Servitut eines öffentlichen Fuß- wegrechtes. In Folge dessen bewege sich der Fremdenverkehr von und nach dem Schlößchen Wörth mitten durch ihre Fabrikanla- gen, was mit wesentlichen Unzukömmlichkeiten verbunden sei. Sie habe daher ein Projekt für Verlegung dieses Fußwegrechtes aus- arbeiten lassen, welches sie nunmehr dem Departement unterbreite. Wie sich aus den beigelegten Plänen ergebe, beabsichtige sie einen 1,25 Meter breiten Fußweg zu erstellen, welcher quasi als Fort- setzung des von der Eisenbahnbrücke kommenden Weges längs der Halde hinziehe um etwas unter der Quelle der Wasserversor- gung von Neuhausen in den Rheinquai einzumünden. Dieser Weg würde einerseits eine bequemere und kürzere Verbindung zwischen dem Schlößchen Wörth und der Eisenbahnbrücke, bezw. dem Schlosse Lauffen bieten, andrerseits auch eine direktere Ver-

bindung von letzterm nach dem Bahnhofe Neuhausen ermöglichen. Sie ersuche um Genehmigung des Projektes in der Meinung: 1. Daß sämmtliche Kosten der Erstellung des neuen Weges, insoweit derselbe ihr Terrain berühre, von ihr zu tragen seien; 2. daß mit der Uebergabe fraglichen Weges an den öffentlichen Verkehr die auf der Laufengasse haftende Servitut des Fußwegrechtes von der Mühle bis zum Pumpenhäuschen der Gemeinde Neuhausen aufgehoben werde. Die Baudirektion überwies dieses Begehren am 10. August 1889 dem Gemeindepräsidenten von Neuhausen mit der Auflage, dasselbe mit vierzehntägiger Frist auszuschreiben. Der Direktor fügte bei: „Unmaßgeblich halte ich dafür, daß nur „die Gemeinde Neuhausen als Servitutsberechtigte hier mitzu„sprechen hat; der Ersatz, der für den alten Fußweg geboten wird, „scheint mir ein hinreichender zu sein, zumal, wenn man berück„sichtigt, daß der Fußweg über die Felsen nach dem Pumpen„häuschen ebenfalls zu erstellen ist." Am 28. August 1889 bescheinigt der Gemeinderathspräsident von Neuhausen, daß gegen die projektirte Weganlage von keiner Seite eine Einsprache erhoben worden sei. Nunmehr fanden zwischen Vertretern des Regierungsrathes, der Gemeinde und der beklagten Gesellschaft Verhandlungen über die Genehmigung des Projektes statt. Nachdem die beklagte Partei zugestanden hatte, die Kronenbreite des neu anzulegenden Fußweges auf 1,5 Meter zu erweitern, zeigten sich die zu den Verhandlungen abgeordneten Mitglieder des Regierungsrathes geneigt, das Projekt zu acceptiren. Der Regierungsrath selbst nun aber beschloß am 14. September 1889, auf das Gesuch vom 9. August nicht einzutreten, bevor ein Plan der von der Beklagten projektirten Arrondirung und Einzäunung der Liegenschaft am Rheinfall vorliege. Daraufhin wurden neue Verhandlungen angebahnt, in welchen der Regierungsrath u. a. den Anspruch erhob, daß der neu zu erstellende Fußweg eine Breite von zwei Meter erhalte. Diese Verhandlungen führten zu keiner Einigung. Inzwischen hatte die beklagte Gesellschaft begonnen, den von ihr projektirten neuen Fußweg (und zwar mit einer Minimalbreite von 1,50 Meter) zu erstellen. Nach Vollendung dieser Anlage ließ die beklagte Gesellschaft an der Lauffengasse Absperrvorrichtungen erstellen. Im obern Theile derselben beim Eingange

in die ehemalige Mühle Lauffen wurde quer über die Straße eine starke Verpallisadirung erstellt, die aus folgenden Theilen besteht: Links findet sich eine kleinere nicht verschließbare, sondern nur anzulehnende Thüre; an der anstoßenden, in die Mühle Lauffen führenden Thüre ist die Inschrift „Verbotener Eingang" angebracht. Neben der kleinen Thüre links steht ein großes, die ganze Breite der Straße einnehmendes Thor, welches auf einer Rollbahn nach rechts so verschoben werden kann, daß die Straße, abgesehen von den fest in den Boden eingerannten Zwischensäulen wieder frei wird. Ganz auf der rechten Seite ist hinter dem Thore eine weitere unbewegliche Einfriedigung aus Holzpallisaden angebracht, die sich aber nicht so weit gegen die Straße hineinstreckt, um die Passage über dieselbe wesentlich zu schmälern. Eine ähnlich konstruirte Absperrvorrichtung wurde auch am untern Ende der Lauffengasse bei der Ausmündung derselben gegen den Fußweg zum Schlößchen Wörth hin erstellt. Nach Erstellung dieser Absperrvorrichtungen verlangte der Staat Schaffhausen im Wege des Befehlsverfahrens beim Bezirksgerichtspräsidenten von Schaffhausen Beseitigung derselben wegen Störung im Besitze des an der Lauffengasse bestehenden öffentlichen Fußwegrechtes. Der Bezirksgerichtspräsident gab, nach Anhörung der Parteien, der beklagten Gesellschaft auf, die Absperrvorrichtungen entweder gänzlich zu beseitigen oder aber folgende Maßnahmen zu treffen: Die beiden kleinern Thüren vollständig zu öffnen und so zu belassen; bei der obern Einfriedigung das zur Verschiebung auf einer Rollbahn eingerichtete Thor zurückzuschieben, soweit dies geschehen kann, und so zu belassen; bei der untern Einfriedigung die beiden Thorflügel auszuhängen und ausgehängt zu belassen; an der obern und an der untern Stelle leicht erkennbare Affischen anzubringen, des Inhaltes: „Erlaubter Fußweg nach dem Schlößchen Wörth" bezw. „Erlaubter Fußweg nach Neuhausen und nach Schloß Lauffen." Dem Staate wurde aufgegeben, die bereits (im ordentlichen Verfahren vor den kantonalen Gerichten) anhängig gemachte Klage fortzusetzen, widrigenfalls auf Anrufen der beklagten Partei die Verfügung aufgehoben würde. Die definitive Entscheidung über die vorläufig vom Staate erhobenen Kosten wurde dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Diese Verfügung wurde

vom Obergerichte des Kantons Schaffhausen am 29. August 1890 bestätigt, mit dem Beifügen, daß die Kosten vor Obergericht vorgemerkt bleiben und sich definitiv, nach dem Entscheide in der Hauptsache vor Bundesgericht entscheiden, welches nach dem heute gestellten Begehren der beklagten Gesellschaft die Streitigkeit beurtheilen solle. Die beklagte Gesellschaft hat die von ihr erstellten Absperrvorichtungen nicht beseitigt, dagegen die ihr für diesen Fall vom Bezirksgerichtspräsidenten von Schaffhausen aufgegebenen Maßnahmen getroffen.

D. Gemäß der Erklärung der beklagten Gesellschaft, daß sie die Entscheidung des Bundesgerichtes anrufe, trat hierauf der Staat Schaffhausen vor letzterm klagend auf. Er stellt folgende Rechtsfragen:

1. Ist nicht die beklagte Partei anzuhalten, den durch ihr Etablissement führenden öffentlichen Weg, welcher das Dorf Neuhausen mit dem Schlößchen Wörth resp. dem Rheinfall verbindet, ungeschmälert und unbeeinträchtigt fortbestehen zu lassen?

2. Ist nicht eventuell der von der beklagten Partei als Ersatz für den jetzt bestehenden Servitutsweg neu angelegte Fußweg als eine ungenügende Anlage anzusehen, welche nach dem Begehren der klägerischen Partei abzuändern ist?

Er beantragt Bejahung der erstgestellten eventuell der zweiten Rechtsfrage, sowie Verfällung der Gegenpartei in die Kosten sowohl des gegenwärtigen als des bereits stattgehabten summarischen Verfahrens nebst angemessener Prozeßentschädigung. Zur Begründung führt er in rechtlicher Beziehung aus: Das Bundesgericht sei nach Art. 27 O.-G. kompetent, da eine Streitigkeit zwischen einem Kanton und einer Korporation vorliege, seine Entscheidung von einer Partei angerufen worden sei und der Streitgegenstand für beide Parteien den Werth von 3000 Fr. übersteige. Die Gegenpartei habe im summarischen Verfahren behauptet, der Staat Schaffhausen sei zur Klage gar nicht legitimirt, vielmehr wäre dies nur die Gemeinde Neuhausen. Diese Einwendung sei aber unbegründet. Es handle sich um ein öffentliches Fußwegrecht, welche nicht etwa nur der Einwohnergemeinde Neuhausen diene und es haben die zuständigen staatlichen Organe im Auftrage des Regierungsrathes den Eintrag im Servituten-

protokolle unterzeichnet. Durch den Grenzbereinigungsvertrag vom 21. Februar 1889 habe sich der Regierungsrath seine Rechte neuerdings zusichern lassen und es habe denn auch bis zum Prozesse die Beklagte stets mit dem Regierungsrathe unterhandelt und nicht mit dem Gemeinderathe von Neuhausen; letzterer sei nur wegen der Wasserversorgung der Gemeinde Neuhausen begrüßt worden. Es sei Pflicht des Regierungsrathes, im Interesse der Allgemeinheit sorgfältig darüber zu wachen, daß der Zugang zum Rheinfall nicht verschlechtert werde. Der von der beklagten Partei zum Ersatze für das bisherige öffentliche Fußwegrecht durch die Lauffengasse erstellte Fußweg sei nun erheblich schlechter als der bisherige Weg. Er habe stellenweise ein Gefälle von 18,7 % und sei im Allgemeinen nicht mehr als 1 1/2 Meter breit. Bei dem notorischen starken Besuch des Rheinfalles sei ein derartiger Weg völlig ungenügend und es erscheine derselbe nicht als ein gleichwerthiger Ersatz für den bisherigen Weg, welcher viel größere Breite und ein gleichmäßigeres Gefälle habe. Die beklagte Partei sei nicht berechtigt, die Wegberechtigten einfach auf einen minderwerthigen Weg zu verdrängen. In erster Linie verlange der Regierungsrath, mit Rücksicht insbesondere auf das brüske Vorgehen der Beklagten, einfach Belassen des bisherigen Weges. Sollte er richterlich verhalten werden, sich eine Verlegung gefallen zu lassen, so müsse dann jedenfalls verlangt werden, daß die Beklagte bei der neuen Weganlage die gerechtfertigten Begehren des Regierungsrathes berücksichtige. Dieser acceptire nun keinen Ersatzweg, welcher nicht wenigstens zwei Meter Breite und keine Steigung von über 15 % habe. Die Beklagte berufe sich auf § 653 des schaffhausenschen Privatrechts, wonach der Eigenthümer des belasteten Grundstückes die Verlegung der Dienstbarkeit auf einen andern Theil des belasteten Grundstückes verlangen kann, sofern dies ohne Nachtheil für den Berechtigten geschehen könne. Selbst wenn man nun zugeben wollte, daß diese nur für Privatservituten aufgestellte Regel auch auf öffentliche Wegrechte Anwendung finde, so müsse doch jedenfalls festgehalten werden, daß der Servitutsberechtigte berechtigt sei zu verlangen, daß ihm ein gleich guter und bequemer Weg, wie der bisherige angewiesen werde, und daß er nur unter dieser Voraussetzung in die Verlegung einwilligen müsse.

E. Die beklagte Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft beantragt in ihrer Vernehmlassung auf diese Klage:

I. In erster Linie, die klägerische Partei sei mit ihrem Rechtsbegehren wegen mangelnder Aktivlegitimation abzuweisen. Sollte der Kläger als zur Sache legitimirt anerkannt werden, so werde um Verneinung der gestellten Rechtsfrage aus materiellen Gründen gebeten, indem successive folgende Eventualanträge gestellt werden:

II. Der Kläger habe sich die Uebertragung der Fußwegrechtservitut auf diejenige Stelle dts beklagtischen Grundstückes gefallen zu lassen, an welcher die Beklagte den neuen Weg angelegt habe, und in der Weise, wie er angelegt sei und es sei daher die Beklagte berechtigt, den von der Klägerschaft bisher benützten Weg völlig abzuschließen.

III. Weiter eventuell, es habe sich der Kläger die Uebertragung der Servitut gefallen zu lassen und sei die Beklagte abschlußberechtigt, allein es sei der von ihr angelegte Ersatzweg in vom Bundesgerichte anzuordnender Weise abzuändern.

IV. Ganz eventuell d. h. im Falle das Bundesgericht finden sollte, es sei die Verlegung der Servitut unzuläßig, sei die Beklagte berechtigt, ihr Etablissement bis auf einen in seiner Breite vom Bundesgerichte festzusetzenden Fußweg ganz abzuschließen, den Fußweg aber nur mit einer von Jedermann zu öffnenden Thüre zu versehen.

Im Weitern stellt die Beklagte widerklagsweise, unter Antrag auf deren Bejahung die Rechtsfrage: Ist nicht die klägerische und widerbeklagte Partei anzuhalten, spätestens bis zum 30. April 1891 den im Grenzbereinigungsvertrag vom 21. Februar 1889 Art. 6 und 7 letzten Alinea vorgesehenen Weg nebst Zugängen zu erstellen? Bezüglich der Kosten beantragt die Beklagte Verfällung der klägerischen und widerbeklagten Partei in sämmtliche erwachsenen und erwachsenden Kosten mit Einschluß der im summarischen Verfahren entstandenen und Gutheißung einer angemessenen Prozeßentschädigung.

Zur Begründung ihrer Anträge macht die Beklagte im Wesentlichen geltend: Die Klage mache ein Recht jeden Fußgänger's geltend, an bestimmter Stelle durch das Eigenthum der Beklagten

zu gehen. Angenommen nun auch, ein solches Recht bestände, so stehe dessen Geltendmachung doch nicht dem Staate, sondern einzig der Gemeinde Neuhausen zu. Den Gemeinden stehe nach Art. 17, 30 und 32 des kantonalen Flurgesetzes die Aufsicht über die öffentlichen Fußwege zu; dies müsse um so mehr im vorliegenden Falle gelten, wo es sich nicht einmal um einen öffentlichen Fußweg im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern um einen bloßen Servitutsweg handle. Der Eintrag im Servitutenprotokolle ändere hieran nichts. Derselbe sei ungültig, da er nicht gemäß gesetzlicher Vorschrift vom Servitutsberechtigten unterzeichnet, sondern nur von zwei Personen, die nicht einmal im Stande seien, den Staat zu verpflichten, „eingesehen" sei. Dem Staate stehe auch nicht etwa in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Schlößchens Wörth eine Servitut zu, schon deßhalb nicht, weil das Schlößchen Wörth nirgends als herrschendes Grundstück genannt sei; die Servitut bestehe, mangels eines rechtsgültigen Eintrages, gemäß Art. 1 des kantonalen Gesetzes vom 15. März 1882 überhaupt nicht zu Recht. Die Beklagte erkenne indeß freiwillig ein Durchgangsrecht an, allein nur zu Gunsten der Gemeinde Neuhausen und diese sei mit der Verlegung der Servitut einverstanden. Aus Art. 5 des Grenzbereinigungsvertrages vom 21. Februar 1889 könne nicht der Staat, sondern könne nur die die Gemeinde Neuhausen Rechte herleiten. Wenn die Beklagte sich bestrebt habe, im Wege der gütlichen Unterhandlungen die Zustimmung auch des Staates für ihr Projekt einer Verlegung des Wegrechts zu gewinnen, so dürfen daraus rechtliche Konsequenzen nicht hergeleitet werden. Wenn übrigens auch ein Wegrecht zu Gunsten des Staates bestände, so wäre dasselbe doch nur ein Fuß- und nicht ein Fahrwegrecht. Wenn bisher zu Zeiten die Fußgänger den bestehenden Weg in seiner ganzen Breite benutzt haben mögen, so sei das nur precario geschehen und hindere die Beklagte nicht, das Fußwegrecht auszuscheiden und auf einen entsprechenden Theil der Wegfläche einzuschränken. Art. 16 des Flurgesetzes bestimme nun als Breite eines öffentlichen Fußweges 90 Centimeter. Es könne daher von der Beklagten eventuell mehr nicht verlangt werden, als daß sie einen Fußweg von dieser Breite einräume. Nach § 653 des schaffhausenschen Privatrechtes stehe

jedem Servitutsbelasteten das Recht zu, eine Dienstbarkeit zu verlegen, sofern dies ohne erheblichen Nachtheil für den Berechtigten geschehen könne. Die Beklagte habe daher durch die Verlegung des Weges nur von einem ihr zustehenden Rechte Gebrauch gemacht. Die Verlegung bringe den Benützern des Weges nicht nur keine Nachtheile, sondern im Gegentheil Vortheile. Der neue Weg sei an manchen Stellen breiter als zwei Meter, überall aber mindestens 1,50 Meter breit, wie dies ursprünglich von den staatlichen Organen verlangt worden sei, somit durchaus nicht zu schmal. Mit Ausnahme von zwei Stellen am Anfang und am Ende sei die Steigung des neuen Weges eine sanft ausgeglichene. Der neue Weg kürze die Entfernung von Neuhausen zum Schlößchen Wörth bedeutend ab, sei eine direkte Fortsetzung des von Dachsen-Rheinfallbrücke herkommenden öffentlichen Fußweges und sei in seiner ganzen Anlage besser als dieser. Er sei aber auch landschaftlich bedeutend schöner als der alte Weg, biete also, im ganzen genommen, größere Vortheile als der letztere. Art. 5 des Grenzbereinigungsvertrages schließe das Recht der Beklagten zur Verlegung des Weges nicht aus. Dieser Artikel wolle nur die Auslegung ausschließen, als ob nach Anlage des vom Staate und der Beklagten gemeinsam zu erstellenden Weges über den Mühlefelsen, der alte Weg ohne weiteres einzugehen hätte. Dagegen liege in diesem Artikel durchaus nicht ein Verzicht auf das gesetzlich Jedem zustehende Recht der Verlegung der Servitut. Sollte das Bundesgericht finden, der neu erstellte Weg entspreche nicht ganz allen billigen Anforderungen, so möge es selbst bestimmen, wo und in welcher Weise die Anlage abzuändern sei, wobei in Betracht fallen müsse, daß der neue Weg so erstellt worden sei, wie ursprünglich die Organe des Kantons Schaffhausen es verlangt haben und daß erst, nachdem derselbe nahezu vollendet gewesen, der Regierungsrath mit neuen Anforderungen hervorgetreten sei. Sollte das Bundesgericht eine Verlegung der Servitut für unstatthaft erachten, so müsse jedenfalls der Beklagten gestattet werden, ihr Etablissement in gleicher oder ähnlicher Weise abzuschließen, wie sie dies durch die von ihr erstellten Absperrvorrichtungen gethan habe. Das überwiegende Recht sei immer das Eigenthum; der Bestand einer Servitut hindere den Eigenthümer nicht, sein Eigenthum zu

schützen sofern durch die Schutzmaßregeln die Ausübung der Servitut nicht verunmöglicht werde. Durch eine Einfriedigung nun, wie die Beklagte sie erstellt habe, welche einen Durchpaß für Fußgänger, durch eine von Jedermann leicht aufzuklinkende Thüre freilasse, werde die Ausübung eines Fußwegrechtes nicht verunmöglicht oder auch nur erschwert. Das Widerklagebegehren stütze sich auf Art. 6 und 7 des Grenzbereinigungsvertrages vom 21. Februar 1889. Diese Bestimmungen schreiben vor, daß ein durchgehender Weg von der ehemaligen Mühle Lauffen über den Mühlefelsen bis zur westlichen Grenze des beklagtischen Eigenthums (zum Theil durch den Staat, zum Theil durch die Beklagte) zu erstellen sei. Auf Erstellung dieses Weges haben die bei dieser Stipulation betheiligten Kontrahenten des Vertrages vom 21. Februar 1889, nämlich der Regierungsrath des Kantons Schaffhausen, die Gemeinde Neuhausen und die Beklagte, Anspruch. Die Beklagte habe nun den Theil des Weges, dessen Erstellung ihr obliege, gebaut (mit einziger Ausnahme einer kleinen Verbindungsbrücke, welche sie nicht erstellen könne, so lange sie nicht wisse, wie der Staat seinen Wegtheil erstelle). Dagegen habe der Staat den ihm obliegenden Theil dieser Wegbaute bis jetzt nicht ausgeführt; die Beklagte sei berechtigt, ihn hiezu anzuhalten. Sie thue dies um so eher, als der Staat den fraglichen Wegtheil offenbar nur deßhalb bis jetzt nicht erstellt habe, weil nach dessen Ausführung ohne weiters ersichtlich wäre, wie ungerechtfertigt, bei dem dadurch geschaffenen Stande der Zugangswege zum Rheinfall, die Weigerung des Staates sei, in die Verlegung der Servitut einzuwilligen.

F. Der Staat Schaffhausen trägt auf Abweisung der Widerklage an und hält Replikando an seinen in der Klageschrift gestellten Begehren fest. Er bestreitet gegenüber der Widerklage, daß er sich der Beklagten verpflichtet habe, den Weg über den Rheinfelsen binnen einer von der Beklagten zu bestimmenden Frist zu bauen. Jedenfalls müsse dieser Weg so lange nicht gebaut werden, als der alte Fahrweg durch das Eisenwerk Lauffen fortbestehe und die Beklagte den von ihr anerbotenen Ersatzweg nicht richtig ausgeführt habe. Rücksichtlich der Legitimation zur Sache bemerkt er, daß die Bestimmungen der

Art. 17, 30 und 32 des kantonalen Flurgesetzes auf den streitigen Weg sich überall nicht beziehen. Denn dieser gehöre nicht zu den Fußwegen des Flurgesetzes, deren Anlage und Unterhalt den Gemeinden obliege; das Areal desselben stehe vielmehr im Eigenthum der Beklagten und es bestehe nur eine Servitut zu Gunsten der Besucher des Rheinfalles und des Schlößcheus Wörth. Man könne auch den Rheinfall und das Schlößchen Wörth als herrschendes Grundstück bezeichnen. Natürlicher Vertreter der mit diesem Grundstücke verkehrenden Personen sei aber der Staat Schaffhausen, der denn auch von jeher das Servitutsrecht gehandhabt habe. Auch im Grenzbereinigungsvertrage seien wiederum der Rheinfall und das Schlößchen Wörth als herrschende Grundstücke aufgeführt. In Bezug auf den Umfang des bestehenden öffentlichen Fußwegrechts wird ausgeführt, daß dasselbe auf der ganzen Breite der Lauffengasse sei ausgeübt worden und es nicht angehe, dasselbe auf einen Theil derselben zu beschränken. Art. 16 des Flurgesetzes setze durchaus nicht fest, daß die Breite öffentlicher Fußwege 90 Centimeter zu betragen habe, sondern bezeichne diese Breite blos als Minimum; dieses könne für den Weg zum Rheinfall nicht gelten. Sollte das Bundesgericht eine Verlegung der Servitut für zuläßig erachten, so dürfe jedenfalls der Ersatzweg nicht weniger bequem und zweckmäßig sein, als der bestehende Weg. Wenn die Beklagte sich darauf berufe, daß ursprünglich die Baudirektion und einzelne Regierungsmitglieder mit ihrem Projekte einverstanden gewesen seien, so sei darauf zu erwiedern, daß einerseits die Beklagte den Ersatzweg nicht so ausgeführt habe, wie er ursprünglich projektirt gewesen sei und daß sie andrerseits von Anfang an gewußt habe, es sei zur Verlegung des Weges die Zustimmung des Regierungsrathes selbst erforderlich, während die Ansichten und Vorschläge der Baudirektion oder einzelner Regierungsrathsmitglieder nicht maßgebend seien.

G. Duplikando hält die Beklagte an den Ausführungen und Anträgen ihrer Klagebeantwortungsschrift unter weiterer Begründung fest. Sie bemerkt insbesondere noch, daß sie den Ersatzweg im Einverständniß mit der kantonalen Baudirektion ausgeführt habe und daß, wenn überhaupt eine kantonale Behörde in der

Sache mitzusprechen gehabt habe, dies die kantonale Baudirektion sei.

H. Vom Instruktionsrichter ist ein Lokalaugenschein eingenommen worden. Die von ihm dabei angeordneten Aufnahmen und Vermessungen haben unter anderm ergeben: Der neue, von der Beklagten erstellte Fußweg ist um 106,8 Meter kürzer als der alte Weg durch die Lauffengasse (296,1 Meter gegen 402,9 Meter). Sein Gefälle beträgt bei der Abzweigung von der Lauffengasse 19,1 %, in seinem untern Theile an verschiedenen Stellen 18, 19, 20,4, 17,4 %. Dagegen beträgt das Gefäll des alten Weges nur an einer Stelle oberhalb der Abzweigung des neuen Weges 15,8 % und 15 %, während es sonst diese Ziffer nirgends erreicht. Während die Lauffengasse erheblich breiter ist, variirt die Breite des neuen Weges zwischen zwei Meter und 1,5 Meter. Der Fußweg dem Rhein entlang nach dem Schlößchen Mörth, in welchen alter und neuer Weg ausmünden, variirt in seiner Breite zwischen 2,55 Meter und 3,3 Meter.

I. Bei der heutigen Verhandlung halten beide Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es handelt sich um eine Streitigkeit zwischen einem Kanton und einer Aktiengesellschaft und der Streitwerth übersteigt unbestrittenermaßen den Betrag von 3000 Fr. Das Bundesgericht ist daher gemäß Art. 27 Ziffer 4 O.-G. kompetent, sofern die Streitigkeit privatrechtlicher Natur ist. Dies ist zu bejahen. Der klagende Staat beansprucht, gestützt auf den Eintrag im Servitutenprotokoll, den Grenzbereinigungsvertrag vom 21. Februar 1889 und den bisherigen Besitzstand eine Dienstbarkeit des öffentlichen Fußweges an der Liegenschaft der Beklagten. Es macht also nicht eine, aus einer kantonalen oder lokalen Norm des öffentlichen Rechts entspringende, öffentlich-rechtliche Eigenthumsbeschränkung geltend, sondern eine auf privatrechtlichen Erwerbungsgrund gestützte Dienstbarkeit; er behauptet nicht, daß die Beklagte kraft einer allgemeinen verbindlichen Vorschrift des öffentlichen Wegerechts in ihrer Eigenschaft als Glied des Gemeinwesens verpflichtet sei, den öffentlichen Durchgang durch ihre Liegenschaft zu gestatten, sondern er beansprucht denselben gestützt auf ein beson-

deres an dieser Liegenschaft begründetes Privatrecht. Daß dieses Privatrecht zu Gunsten des öffentlichen Verkehrs beansprucht wird, ändert hieran nichts. Freilich untersteht die Benutzung öffentlicher, d. h. dem gemeinen Gebrauche durch die kompetenten Organe gewidmeter Wege dem öffentlichen Recht. Allein sofern nicht etwa öffentlich-rechtliche Vorschriften in Frage kommen, welche jedermann unter gewissen Voraussetzungen zu Duldung eines öffentlichen Durchgangs verpflichten, setzt die Widmung von Grund und Boden zum Gebrauche als öffentlicher Weg ein Privatrecht des Widmenden an der Bodenfläche voraus; nur kraft eines solchen Privatrechts, sei es nun, was die Regel bildet, kraft Eigenthums, sei es kraft einer Dienstbarkeit, kann über den Grund und Boden zu öffentlichen Wegezwecken verfügt werden. Wird streitig, ob diese privatrechtliche Grundlage im Einzelfalle gegeben sei, ob eine als öffentlicher Weg beanspruchte Bodenfläche im öffentlichen oder aber im Privateigenthum stehe oder ob sie mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten des öffentlichen Verkehrs belastet sei, so handelt es sich also um einen Streit über Privatrecht und nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Steht dagegen die Eigenschaft eines Weges als öffentlicher Weg einmal fest, so unterliegt freilich dessen Benutzung der Regelung durch die kompetenten Verwaltungsorgane.

2. In der Sache selbst ist nicht bestritten, daß der Eintrag im Servitutenprotokoll inhaltlich richtig ist, d. h. daß zur Zeit, wo derselbe geschah, das darin beschriebene Fußwegrecht durch die Liegenschaft der Beklagten bestand. Dieses Fußwegrecht ist ein öffentliches, dessen Ausübung jedermann zustand und war nicht etwa nur zu Gunsten eines oder mehrerer Grundstücke begründet. Wenn der Kläger angedeutet hat, als herrschendes Grundstück könne das Schlößchen Wörth betrachtet werden, so ist dies nicht richtig. Die Staatsdomaine Schlößchen Wörth wird im Servitutseintrag nicht als herschendes Grundstück genannt sondern nur als Endpunkt des Dienstbarkeitsweges angeführt. Als dienstbarkeitsberechtigt erscheint vielmehr, da das Wegrecht als ein öffentliches, dem gemeinen Gebrauche gewidmetes, bezeichnet wird, die Gesammtheit im engern oder weitern Umfange, also in deren Vertretung entweder Staat oder Gemeinde. Derartige Grunddienst-

barkeiten sind nach § 635 des schaffhausenschen bürgerlichen Gesetzbuches rechtlich möglich. Denn entsprechend den Grundsätzen des deutschen Rechts bestimmt § 635 cit. am Eingang, im Gegensatze zu den engern Vorschriften des römischen Rechts, daß ausnahmsweise die Grunddienstbarkeit auch zu Gunsten einer Genossenschaft und selbst einer einzelnen Person bestellt werden könne. Das Rechtsverhältniß zur Zeit des Eintrages im Servitutenprotokoll war also das, daß auf dem im Privateigenthum stehenden Grundstücke Eisenwerk Lauffen eine öffentliche Fußwegdienstbarkeit haftete.' Solche öffentliche Dienstbarkeitswege nun sind weder „Privatwege" im Sinne des Art. 30 des schaffhausenschen Flurgesetzes, noch gehören sie zu denjenigen öffentlichen Wegen, deren Anlegung und Unterhalt Art. 17 dieses Gesetzes den Gemeinden zuweist und der Aufsicht der Gemeinderäthe unterstellt. Wie sich nämlich aus dem Zusammenhange des Gesetzes, insbesondere aus der Vergleichung der Art. 17 und Art. 15 desselben ergibt, hat Art. 17 des Flurgesetzes nur solche öffentliche Fußwege im Auge, bei welchen, wie dies ja zweifellos die Regel bildet, Grund und Boden der Gemeinde gehört. Nur auf solche Fußwege kann sich die Vorschrift des Art. 15 beziehen, daß dieselben innert Jahresfrist vom Erlaß dieses Gesetzes an durch die Gemeinden auszuscheiden seien und nur in Betreff solcher Wege will Art 17 die Pflicht zu Anlegung und Unterhalt den Gemeinden zuweisen. Dagegen lag es gewiß dem Gesetzgeber völlig ferne, in hergebrachte besondere Verhältnisse, wie das Bestehen öffentlicher Wegrechte auf Privatland sie mit sich bringt, einzugreifen und z. B. den Eigenthümer des belasteten Grundstückes von der Pflicht zum Wegunterhalte da zu entbinden, wo ihm dieselbe bisher, in Gemäßheit des § 637 des privatrechtlichen Gesetzbuches, privatrechtlich oblag. Es ist somit nicht richtig, daß nach den Bestimmungen des schaffhausenschen Flurgesetzes das Verfügungsrecht über das streitige öffentliche Wegrecht der Gemeinde und nicht dem Staate zustehe. Nach den vorliegenden Thatsachen muß vielmehr das Gegentheil angenommen werden. Das fragliche Wegrecht ist nicht ausschließlich oder vorwiegend blos für die Gemeindegenossen von Neuhausen, zu Befriedigung wirthschaftlicher Bedürfnisse derselben, geschaffen, sondern es dient

dem allgemeinen Verkehr von und nach dem Rheinfalle und Schlößchen Wörth. Es hat bisher auch stets der Regierungsrath des Kantons Schaffhausen und nicht der Gemeinderath von Neuhausen über dasselbe verhandelt: der Eintrag im Servitutenprotokoll ist durch Organe des Staates und nicht der Gemeinde unterzeichnet; in Art. 5 des Grenzbereinigungsvertrages hat der Staat und nicht die Gemeinde den ungeschmälerten Fortbestand des Wegrechtes stipulirt. Denn es ist klar, daß bei Art. 5 dieses Vertrages, wie überhaupt bei sämmtlichen die „Wegrechte zum Rheinfall" betreffenden Bestimmungen desselben (Art. 5—7) der Staat und nicht die Gemeinde Neuhausen als Kontrahent erscheint. Nur der Staat war ja befugt, über die neuen Weganlagen längs des Rheinufers und über den ihm abzutretenden Mühlefelsen zu stipuliren und es ist daher auch lediglich der Staat und nicht die Gemeinde, welche im Zusammenhange mit diesen neuen Vereinbarungen die ungeschmälerte Fortdauer der bisherigen öffentlichen Wegrechte durch die Lauffengasse und nach der Rheinfallbrücke stipulirt hat. In Art. 6 Abs. 2 des Vertrages wird denn auch ausdrücklich der Staat als Kontrahent genannt und in Art. 7 werden wiederholt die Anordnungen der kantonalen Bauverwaltung vorbehalten. Es dürfte sich übrigens das Verfügungsrecht des Staates wie aus dem Allgemeinen, nicht auf die Gemeindeeinwohner von Neuhausen beschränkten, Interesse an dem streitigen Wegrechte, so auch daraus erklären, daß das letztere wohl anläßlich eines Landverkaufes oder einer Wasserrechtkonzession des Staates an die Vorbesitzer der Beklagten begründet worden ist. Bis zum Prozesse hat denn auch die Beklagte stets den Staat als verfügungsberechtigt anerkannt, indem sie mit den staatlichen Organen und nicht mit der Gemeindebehörde von Neuhausen über die Verlegung des Wegrechtes verhandelte. Ist somit anzuerkennen, daß die Verfügungsberechtigung über das streitige Wegrecht nicht der Gemeinde sondern dem Staate zusteht, so ist dieses Wegrecht auch nicht etwa wegen formeller Ungültigkeit des Servituteneintrages untergegangen. Es mag richtig sein, daß der Straßen- und Forstinspektor nicht berechtigt sind, den Staat zu verpflichten; allein hierum handelt es sich bei der Unterzeichnung des Eintrages im Servitutenprotokolle durchaus nicht, sondern

vielmehr um die Wahrung eines bestehenden Rechtes des Staates. Dazu waren aber Straßen- und Forstinspektor ohne weiters befugt und es ist übrigens ja auch ihr Vorgehen vom Regierungsrathe stillschweigend genehmigt worden. Die Behauptung, daß der Eintrag deßhalb formell ungültig sei, weil der Unterschrift der staatlichen Beamten die Bemerkung „Eingesehen" beigesetzt sei, ist offenbar nicht ernstlich gemeint.

3. Ist danach anzuerkennen, daß daß Verfügungsrecht über das streitige Wegrecht dem Staate zusteht und daß letzteres noch gegenwärtig besteht, so ist dagegen auf der andern Seite festzuhalten, daß der Grundsatz des § 653 des schaffhausenschen privatrechtlichen Gesetzbuches auch für das streitige Wegrecht gilt. § 653 cit. bestimmt, daß, wenn die Ausübung einer Dienstbarkeit sich ohne Nachtheil für den Berechtigten von einer Stelle des belasteten Grundstückes auf eine andere übertragen lasse, der Berechtigte auf das Begehren des belasteten Eigenthümers diese Versetzung nicht versagen könne. Diese Bestimmung ist ein Ausfluß des Grundsatzes, daß Dienstbarkeiten mit möglichster Schonung des Eigenthums auszuüben sind; sie ist eine allgemeine, für alle Grunddienstbarkeiten geltende; sie bezieht sich demnach auch auf Dienstbarkeiten, welche, gemäß § 625 i. f., einer Genossenschaft zustehen und findet daher auch im vorliegenden Falle Anwendung wo es sich um eine, dem Staate zustehende öffentliche Wegdienstbarkeit handelt. Die Verlegung des Weges ist somit prinzipiell statthaft, fofern sie ohne Nachtheil für den Berechtigten respektive für den öffentlichen Verkehr ausführbar ist. Das streitige Wegrecht hatte nun ausschließlich den Verkehr zwischen dem Dorfe Neuhausen und dem Schlößchen Wörth respektive dem auf Staatsgebiet zu diesem führenden öffentlichen Fußwege zu dienen. Diese Verbindung wird durch die von der Beklagten projektirte Wegverlegung nicht verlängert sondern im Gegentheil nicht unerheblich abgekürzt. Eine Verlegung des Wegrechtes an die von der Beklagten projektirte Stelle erscheint also an sich jedenfalls nicht als unstatthaft. Immerhin ist sie aber nur unter der Voraussetzung statthaft, daß der Ersatzweg so erstellt wird, daß er auch in anderer Beziehung als in Bezug auf seine Länge für den Verkehr gleich vortheilhaft ist, wie der bisherige Weg. Die Parteien gehen

dabei darüber einig, daß das Gericht, sofern es finden sollte, der von der Beklagten angebotene Ersatzweg entspreche in seiner gegenwärtigen Anlage dieser Anforderung nicht, selbst die nöthigen Aenderungen bestimmen möge. Nun erscheint einerseits die Breite des anerbotenen Ersatzweges als eine zu geringe, andrerseits dessen Gefäll als ein zu großes. In Bezug auf die Breite kann der Kläger freilich nicht verlangen, daß ihm ein Weg von der ganzen Breite der bisher als öffentlicher Fußweg mitbenutzten Lauffengasse angewiesen werde. Denn das öffentliche Wegrecht ist unbestrittenermaßen blos ein Fußwegrecht, während die Lauffengasse gleichzeitig dem Eigenthümer als Fahrweg diente und daher die für einen solchen erforderliche Breite hat. Ebensowenig aber kann sich die Beklagte darauf berufen, daß nach Art. 16 des Flurgesetzes die Minimalbreite öffentlicher Fußwege blos 90 Centimeter beträgt. Denn einmal bezieht sich diese Gesetzesbestimmung blos auf Wege, deren Areal Gemeindeeigenthum ist und sodann betrifft sie nur neu anzulegende Wege, nicht aber den Ersatz für bestehende Servitutswege. Für diese bewendet es vielmehr dabei, daß sie nur dann verlegt werden dürfen, wenn die Verlegung ohne Nachtheil für den Berechtigten möglich ist. Es muß daher die bisherige Ausübung des Wegrechts Regel machen. Hievon ausgegangen, erscheint denn die von der Regierung des Kantons Schaffhausen eventuell verlangte Minimalbreite von zwei Meter keineswegs als übertrieben. Denn der längs dem Rheinufer auf Staatsgebiet zum Schlößchen Wörth führende öffentliche Fußweg, welcher die Fortsetzung des Servitutsweges vom Dorfe Neuhausen her bildet, hat durchgängig eine dieses Minimum übersteigende Breite und auch für den neuen Rheinquaiweg nach dem Mühlefelsen haben die Parteien durch den Grenzbereinigungsvertrag diese Minimalbreite festgestellt. Es ist daher anzunehmen, daß das öffentliche Fußwegrecht bisher mindestens auf dieser Breite ausgeübt wurde. Auch in Bezug auf das Gefäll erscheint die Forderung der Regierung des Kantons Schaffhausen, daß dasselbe 15 % nirgends übersteigen dürfe, als gerechtfertigt. Denn auf derjenigen Strecke, auf welcher der bisherige Weg verlegt werden soll, hat derselbe ein Gefälle von 15 % nirgends erreicht und es erscheint ein höheres Gefäll auch für einen bloßen Fuß-

weg, mit Rücksicht auf die vorliegenden Verhältnisse, insbesondere auf die Sicherheit der Benützung des Weges zur Winterzeit, als unzulässig. Wenn die Beklagte darauf abgestellt hat, es haben ursprünglich sowohl das kantonale Baudepartement als die einzelnen zu den Verhandlungen abgeordneten Mitglieder des Regierungsrathes ihr Projekt eines Ersatzweges als genügend anerkannt, so kann hierauf nichts ankommen; denn eine verbindliche Schlußnahme, wodurch die kantonalen Behörden ihr Projekt genehmigt hätten, ist unzweifelhaft nie erfolgt. Es ist demnach rücksichtlich der Vorklage dahin zu entscheiden, daß ausgesprochen wird, der Staat habe sich eine Verlegung des Fußwegrechtes an die von der Beklagten in Aussicht genommene Stelle gefallen zu lassen, sofern der dortige Weg in der angegebenen Weise erstellt wird. Mit dieser Entscheidung erledigen sich die sämmtlichen zur Vorklage gestellten Rechtsbegehren der Parteien; es fällt insbesondere auch das Rechtsbegehren IV der Beklagten als gegenstandslos dahin.

4. Was die Widerklage anbelangt, so erscheint dieselbe als unbegründet. Der Anwalt des Klägers hat zwar heute erklärt, der Weg auf den Mühlefelsen nebst Zugängen werde vom Staate erstellt werden, so bald die Beklagte ihrerseits ihren Verpflichtungen nachgekommen sei. Allein er hat gleichzeitig an seinem Antrage auf Abweisung der Widerklage festgehalten. In seiner gedachten Erklärung kann demnach die Anerkennung einer privatrechtlichen Verpflichtung des Staates gegenüber der Beklagten nicht gefunden werden, sondern dieselbe spricht einfach aus, daß der Staat im öffentlichen Interesse den fraglichen Weg erstellen werde. Eine privatrechtliche Verpflichtung des Staates zum Baue des fraglichen Weges besteht denn auch in der That nicht. Der Grenzbereinigungsvertrag statuirt eine solche nicht. Die beklagte Gesellschaft allerdings hat sich in diesem Vertrage dem Staate gegenüber privatrechtlich verpflichtet, einerseits dem Rheine entlang, zum Zwecke der Verbindung mit dem Mühlefelsen, von unten her einen öffentlichen Fußweg zu erstellen, andrerseits für einen Zugang zu diesem Felsen von oben her eine Servitut auf ihrem Eigenthum einzuräumen. Die Gegenleistung des Staates gegen diese Leistungen der Gesellschaft dagegen besteht durchaus nicht in der Ausführung des Weges auf dem Mühlefelsen selbst und der

Zugänge zu diesem Felsen. Freilich bemerkt Art. 7 des Grenzbereinigungsvertrages, daß die Erstellung dieser Wege Sache der kantonalen Bauverwaltung sei. Allein dadurch wird nur die privatrechtliche Verpflichtung der Beklagten begrenzt, nicht dagegen eine solche des Staates begründet. Die Weganlagen auf und nach dem Mühlefelsen sind durchwegs öffentliche, deren Erstellung der Staat im öffentlichen Interesse ausführt oder veranlaßt und an welchen die Beklagte ein besonderes privatrechtliches Interesse nicht besitzt; die Ausführung dieser Wege, soweit sie durch den Staat zu geschehen hat, involvirt daher keine Gegenleistung an die Beklagte. Die Gegenleistung des Staates liegt nicht im Wegebau sondern vielmehr, wie der ganze Zusammenhang des Grenzbereinigungsvertrages deutlich ergibt, in der Ertheilung einer Wasserrechtskonzession an die Beklagte. Mit Rücksicht auf diese Leistung des Staates hat die Beklagte sich unter anderm verpflichtet, bei den vom Staate beabsichtigten Wegebauten nach dem Mühlefelsen mitzuwirken, während der Staat diese Bauten lediglich im öffentlichen Interesse erstellt und eine privatrechtliche Verpflichtung zu deren Ausführung nicht eingegangen hat. Wenn der Anwalt der Beklagten bemerkt hat, diese habe ein besonderes Interesse an der Erstellung des Weges über den Mühlefelsen doch insofern, als die Erstellung dieses Weges ihren Servitutsweg entlasten werde, so ist darauf zu erwidern, daß sie auf eine derartige Entlastung ein Recht nicht besitzt und sich nicht etwa zu diesem Zwecke die Ausführung der Weganlage über den Mühlefelsen ausbedungen hat, daß vielmehr, wie bemerkt, der Staat diese Anlage im öffentlichen Interesse geplant und für deren Ausführung eine privatrechtliche Verpflichtung seinerseits nicht übernommen hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Der Kläger hat sich die von der Beklagten projektirte Verlegung des öffentlichen, vom Dorfe Neuhausen nach dem Schlößchen Wörth führenden, Fußwegrechts von der sogenannten Laufengasse an die nordöstliche Halde gefallen zu lassen, sofern der Ersatzweg so erstellt wird, daß er überall eine Kronenbreite von zwei Meter und ein Maximalgefälle von nicht über 15 % erhält.

Mit der Erstellung dieses Ersatzweges erlöscht das bisherige, auf der Lauffengasse haftende Fußwegrecht auf der Strecke von der sogenannten Mühle bis zum Pumpenhäuschen der Gemeinde Neuhausen. Soweit sie etwas anderes begehren, sind die Anträge beider Parteien in Bezug auf die Vorklage abgewiesen.

2. Die Widerklage ist abgewiesen.

VIII. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten.

Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

123. Urtheil vom 5. Dezember 1891 in Sachen Bund gegen Gotthardbahngesellschaft.

A. Gestützt auf Art. 19 litt. 3 des Bundesgesetzes betreffend den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 hat der schweizerische Bundesrath von der Gotthardbahngesellschaft für das Jahr 1889 die Bezahlung einer Konzessionsgebühr von 200 Fr. per Kilometer, im Ganzen für 266 Kilometer einer Summe von 53,200 Fr. verlangt. Die Direktion der Gotthardbahngesellschaft wendete ein, es könne nur für die Linie Cadenazzo-Pino (16 Kilometer) die Konzessionsgebühr nach Maßgabe des Gesetzes vom 23. Dezember 1872 berechnet werden; für ihre sämmtlichen übrigen vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 1872 konzedirten Linien sei die Konzessionsgebühr nicht nach Maßgabe dieses Gesetzes, sondern gemäß den Bestimmungen der Konzessionen zu berechnen und dürfe daher nicht mehr als 500 Fr. per Wegstunde betragen. Der Bundesrath beharrte indeß auf seiner Forderung, mit der Begründung, Art. 19 des Gesetzes vom 23. Dezember 1872 beziehe sich nicht nur auf die seit 1872 konzedirten, sondern auf alle schweizerischen Eisenbahnen. Die Gotthardbahngesellschaft bezahlte hierauf unter Rechts-

vorbehalt den gesammten geforderten Betrag, erhob dagegen durch Schriftsatz vom 13./17. Dezember 1890 beim Bundesgerichte Civilklage gegen den schweizerischen Bundesrath Namens des Bundesfiskus mit dem Antrage:

1. Der Beklagte habe der Klägerin als Betrag von für das Jahr 1889 zu viel bezogenen Konzessionsgebühren 23,958 Fr. 34 Cts. zurückzubezahlen, nebst Zins à 5% von Einlegung der Klage an.

2. Der Beklagte habe auch künftighin von der Klägerin in Betreff ihrer vor dem Erlasse des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 konzessionirten Linien nicht eine höhere Konzessionsgebühr als 500 Fr. per Wegstunde (4,8 Kilometer) zu beziehen.

3. Der Beklagte habe die Kosten zu tragen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus: Art. 8 des früheren Eisenbahngesetzes vom 28. Juli 1852 normire die Verpflichtungen der Eisenbahnverwaltungen gegenüber dem Bunde mit Bezug auf die Beförderung der Brief- und Fahrpost und füge sodann bei: „Die übrigen Beziehungen der Eisenbahnunternehmungen zu der eidgenössischen Postverwaltung sind jeweilen im einzelnen Falle bei Anlaß der Genehmigung der Konzessionen zu ordnen." Unter Bezugnahme auf diese Gesetzesbestimmung sei in den Bundesbeschlüssen vom 22. Oktober 1869, durch welche die kantonaleu Konzessionen der sämmtlichen Linien der Gotthardbahn mit einziger Ausnahme der Linie Cadenazzo-Pino genehmigt wurden, in Art. 1 bestimmt: „In Anwendung von Art. 8 Lemma 3 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen wird dem Bundesrathe vorbehalten, für den regelmäßigen periodischen Personentransport je nach dem Ertrage der Bahn und dem finanziellen Einflusse des Unternehmens auf den Postertrag, eine jährliche Konzessionsgebühr, die den Betrag von 500 Fr. für jede im Betriebe befindliche Wegstrecke von einer Stunde nicht übersteigen soll, zu erheben. Der Bundesrath wird jedoch von diesem Rechte so lange keinen Gebrauch machen, als die Bahnunternehmung nicht mehr als 4% nach erfolgtem Abzug der auf Abschreibungsrechnung getragenen oder einem Reservefonds einverleibten Summen abwirft." Danach

sei die Konzessionsgebühr, welche der Gotthardbahn auferlegt werden dürfe, auf den Maximalbetrag von 500 Fr. per Wegstunde begrenzt. An dieser Bestimmung habe das Eisenbahngesetz vom 23. Dezember 1872 nichts ändern wollen und es dürfe von derselben nicht einseitig zum Nachtheile der Gotthardbahn abgegangen werden. Es erscheinen somit die gestellten Begehren als begründet und es sei auch das Bundesgericht sowohl nach Art. 39 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes als Art. 27 Abs. 2 O.-G. kompetent.

B. Nach Mittheilung dieser Klageschrift stellte der schweizerische Bundesrath als Vertreter der Staatshoheit der schweizerischen Eidgenossenschaft mit Eingabe datirt Januar 1891 den Antrag: Das Bundesgericht möge als in Sachen nicht zuständig, die Klage der Gotthardbahn gegen den Fiskus des Bundes von der Hand und zur Entscheidung an den Bundesrath weisen, unter Folge der Kosten. Für den Fall, das Bundesgericht sich als kompetent erklären sollte, erkläre der Bundesrath schon jetzt, in Gemäßheit des Art. 56 Abs. 3 O.-G. den Kompetenzkonflikt zu erheben, mit dem Verlangen, die Streitsache der hohen Bundesversammlung zum Entscheide zu überweisen. Er verband damit das weitere Begehren, es sei bis zum endgültigen Entscheide über die Kompetenzfrage der von der Gotthardbahn gegen den Bundesfiskus eingeleitete Civilprozeß zu sistiren. Zu Begründung dieser Anträge führt der schweizerische Bundesrath im Wesentlichen aus: Die Konzessionsgebühr, wie sie in Art. 19 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 vorgesehen sei, habe die Natur einer öffentlichen Abgabe, einer Steuer; sie sei also öffentlichen Rechtens und folgeweise im einzelnen Falle vom Bundesrathe, nicht vom Bundesgerichte festzusetzen. Hieran ändere es nichts, daß die Gotthardbahn ihr vermeintliches Recht auf Steuerbefreiung in das civilistische Gewand einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung einkleide. Entscheidend sei einzig die Frage, ob die früher konzedirten Linien von der durch das Gesetz vom 23. Dezember 1872 eingeführten Konzessionsgebühr befreit seien und die Entscheidung dieser Frage stehe nicht den Gerichten, sondern dem Bundesrathe zu. Dies ergebe sich aus Wortlaut und Inhalt des Gesetzes. Während Art. 19 cit. in seinem Absatz 1 für die Feststellung der Entschädigungen, welche der Bund den Eisenbahnen

für nicht regalpflichtige Fahrpostsendungen zu leisten habe, eventuell die Entscheidung des Bundesgerichtes vorbehalte, enthalte der von den Konzessionsgebühren handelnde Absatz 3 eine derartige Bestimmung nicht, sondern behalte die Auflage der Konzessionsgebühren ausschließlich dem Bundesrathe vor. Im erstern Falle handle es sich eben um eine privatrechtliche Entschädigung, im letzteren um eine öffentliche Leistung. Auch die rechtliche Natur der Konzessionsgebühr spreche gegen die Annahme eines privatrechtlichen Charakters derselben. Die Eisenbahnkonzessionen seien keine Verträge, die der Bund mit den Gesellschaften abschließe, sondern staatsrechtliche Akte, leges speciales in denen einer Gesellschaft gegen die Entrichtung bestimmter Abgaben oder Steuern gewisse Privilegien eingeräumt worden seien. Freilich können solche Privilegien für konkrete Verhältnisse auch Privatrechte begründen, aber ein steuerrechtliches Privatrecht gegenüber der Bundesgesetzgebung sei undenkbar, weil die Festsetzung von Abgaben ausschließlich in den Bereich der Hoheitsrechte des Staates falle und daher durch Gesetz ohne Rücksicht auf frühere Verhältnisse jederzeit neu geordnet werden könne. Die Gotthardbahngesellschaft habe denn auch selbst die Richtigkeit dieser Anschauung dadurch anerkannt, daß sie für die Jahre 1887 und 1888 die von ihr auf Grund des Art. 19 geforderten Konzessionsgebühren vorbehaltlos bezahlt habe; erst rücksichtlich der Steuer für 1889 habe sie einen Vorbehalt gemacht. Wenn dagegen eingewendet werde, die Höhe der Konzessionsgebühr, wie sie aus den Genehmigungsbeschlüssen der Bundesversammlung zu den kantonalen Konzessionen sich ergebe, bilde einen Bestandtheil der Privatrechte der betreffenden Gesellschaft, so sei dies nicht richtig. Die Behauptung sei zunächst für die Kompetenzfrage unerheblich. Denn die geforderte Konzessionsgebühr sei durch ein Gesetz den Eisenbahngesellschaften ohne Unterschied des Datums und der Bestimmungen ihrer Konzessionen auferlegt worden. Die Konzessionsgebühren seien eine Art von Steuer, welche nicht den Gegenstand einer privatrechtlichen Streitigkeit bilden können. Wenn die Gotthardbahngesellschaft glaube, durch das Gesetz vom 23. Dezember 1872 in ihren Privatrechten verletzt zu sein, so möge sie eine Entschädigungsklage gegen den Bundesfiskus gemäß Art. 50 O.-R. aus

Delikt oder Quasidelikt anstellen; die gesetzliche Steuer aber müsse sie bezahlen. Die Auffassung, daß durch die Genehmigungsbeschlüsse zu den kantonalen Konzessionen ein Privatrecht auf die damals festgestellte Höhe der Konzessionsgebühren sich ergebe, sei aber auch, wie des nähern ausgeführt wird, eine völlig unrichtige.

C. Zufolge Beschlusses des Bundesgerichtes vom 7. Februar 1891 hat der Instruktionsrichter durch Verfügung vom 11. gleichen Monats die Instruktion des Prozesses für dermalen auf die Frage der Kompetenz des Bundesgerichtes beschränkt und der Gotthardbahngesellschaft Frist zur Beantwortung der Einredeschrift des Bundesrathes angesetzt. Die Gotthardbahngesellschaft beantragt in ihrer Vernehmlassung: Es wolle das Bundesgericht die Einrede verwerfen und sich in Sachen kompetent erklären, unter Kostenfolge für den Opponenten. Sie bemerkt im Wesentlichen: Wenn in Konzessionen die Zusicherung einer finanziellen Leistung oder Entlastung ertheilt werde, so nehme eine solche Zusicherung ihrer Natur nach immer den Charakter eines Privatrechtes an. Im vorliegenden Falle habe nun der Bund der Gotthardbahn erklärt, daß sie keine höheren Konzessionsgebühren als 500 Fr. per Wegstunde zu bezahlen habe. Die Limitirung der Konzessionsgebühr auf diesen Betrag sei daher ein Privatrecht der Gotthardbahn. Wenn nun auch das Eisenbahngesetz von 1872 für die Bahnen eine allgemeine Konzessionsgebühr aufstelle, welche unter Umständen (bei guter Rendite der Bahnen) höher ansteigen könne, so müsse doch die Gotthardbahn bei dem speziell ihr garantirten Maße als ihrem Privatrechte beschützt werden. Dabei bleibe es sich gleich, ob man sage, das Gesetz von 1872 habe die Konzessionsbestimmung nicht aufheben wollen, oder ob man annehme, daß zwar die neue Konzessionsgebühr zunächst auch die Gotthardbahn betreffe, daß aber die letztere für den darin liegenden Einbruch in ihr Privatrecht Anspruch auf volle Entschädigung habe. Letzteres habe das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Tessiner Kantonalbank gegen Tessin (Amtliche Sammlung XI, S. 90 u. ff.) angenommen und daher entschieden, daß die Kantonalbank zwar die in Aufhebung eines Steuerprivilegs auferlegte Steuer zu bezahlen habe, daß ihr aber der Betrag derselben so-

fort wieder als Entschädigung zurückzuerstatten sei. Im vorliegenden Falle sei dieser Umweg wohl nicht nothwendig; immerhin würde, wenn die Gegenpartei es verlange, vielleicht nichts entgegenstehen, das Klagebegehren Ziffer 2 ausdrücklich in ein Entschädigungsbegehren umzuwandeln. Die Klage stütze sich nicht nur auf ungerechtfertigte Bereicherung, sondern falle unter den weitern Begriff der condictio sine causa. Richtig werde sein, daß dem Bundesrathe die Berechtigung zum Bezuge der Konzessionsgebühr nicht kraft privatrechtlichen Titels zustehe. Dagegen stehe der Gotthardbahn die Ablehnung einer höhern als der konzessionsmäßigen Gebühr kraft privatrechtlichen Titels zu. Es handle sich also um eine privatrechtliche Streitigkeit und es sei das Bundesgericht zu deren Beurtheilung kompetent. Daß dieselbe durch keine spezielle Bestimmung des Eisenbahngesetzes dem Bundesgerichte zur Beurtheilung zugewiesen se , ändere hieran, mit Rücksicht auf die allgemeine Klausel des Art. 39 des Eisenbahngesetzes, nichts. Da übrigens der Bundesrath selbst die Zulässigkeit einer privatrechtlichen Entschädigungsklage anerkenne, so erscheine die Kompetenzbestreitung eigentlich als gegenstandslos. Ein Kompetenzkonflikt könne erst nach der Entscheidung des Bundesgerichtes über seine Kompetenz angehoben werden. Wenn der Bundesrath behaupte, die geforderte Konzessionsgebühr sei eine Steuer, so sei dies nicht richtig, dieselbe sei vielmehr eine Gebühr. Wäre sie übrigens auch eine Steuer, so seien doch auch in Bezug auf Steuern Privilegien möglich und wäre ein solches vorliegend gegeben. Die weitern Ausführungen des Bundesrathes seien für die Kompetenzfrage unerheblich und daher jetzt nicht weiter zu erörtern.

D. In seiner Replik hält der schweizerische Bundesrath an den Ausführungen seiner Einredeschrift fest; er bemerkt insbesondere: Daß auch Eisenbahnkonzessionen Privatrechte begründen können, habe er nicht bestritten, wohl aber bestreite er, daß durch die Beschlüsse der Bundesversammlung, welche der Gotthardbahn in der Form einer jährlichen Konzessionsgebühr bestimmte Abgaben auferlegt haben, eine privatrechtliche Verbindlichkeit des Bundes begründet worden sei, diese Abgabe nicht im Wege der Bundesgesetzgebung zu erhöhen. Eine derartige Beschränkung der Gesetz-

gebungshoheit des Bundes habe nicht in der Absicht der Bundesversammlung gelegen und sei mit keinem Worte ausgesprochen. Selbst wenn übrigens ein derartiges Privatrecht der Gotthardbahngesellschaft bestanden hätte, so könnte dieselbe, nachdem Art. 19 des Gesetzes vom 23. Dezember 1872 alle Bahngesellschaften ohne Unterschied der dort normirten Konzessionsgebühr unterworfen habe, die Pflicht zu Bezahlung der neuen Steuer nicht mehr bestreiten, sondern müßte dieselbe bezahlen und könnte nur etwa eine Entschädigungsklage wegen rechtswidriger Aufhebung ihres Privileges anstellen. Eine solche Klage wäre aber eine selbstständige Entschädigungsklage aus Art. 50 u. ff. O.-R. und sei im vorliegenden Falle nicht erhoben worden. Nach der Klage handle es sich einzig und allein darum, ob die Gotthardbahngesellschaft die geforderte Konzessionsgebühr schulde. Wenn die Gotthardbahngesellschaft nachträglich ihre Klage eventuell in eine Entschädigungsklage umwandeln wolle, so werde hiegegen als gegen eine nach Art. 46 der eidgenössischen Civilprozeßordnung unzulässige Klageänderung protestirt. Uebrigens wäre auch eine Entschädigungsklage unter den vorliegenden Verhältnissen unzulässig. Auch eine solche hätte lediglich den Zweck, auf einem Umwege das Gesetzgebungsrecht des Bundes in Frage zu stellen und eine Streitigkeit über eine öffentliche Leistung vor den Civilrichter zu bringen. Dies gehe aber nicht an. Nach der Bundesverfassung sei das Bundesgericht nicht befugt, die Verfassungsmäßigkeit der von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze zu prüfen, sondern es habe dieselben, so wie sie lauten, anzuwenden. Daher könne es denn im vorliegenden Falle auch nicht untersuchen, ob etwa der Art. 19 Abs. 3 des Gesetzes vom 23. Dezember 1872 Privatrechte der Gotthardbahngesellschaft verletze, sondern es sei dieser Artikel so wie er laute, d. h. auf alle Eisenbahngesellschaften anzuwenden.

E. Duplikando führt die Gotthardbahngesellschaft in eingehender Erörterung aus, die Konzessionsgebührenpflicht der Gotthardbahn sei nicht durch das Gesetz, sondern durch die Konzessionen normirt; das Gesetz vom 23. Dezember 1872 berühre dieselbe gar nicht. Die durch die Konzessionen gegebene Zusicherung, daß die Gebühr eine bestimmte Höhe nicht übersteigen werde, sei zwei-

fellos privatrechtlicher Natur. Uebrigens lasse sich diese Frage durch einen bloßen Kompetenzentscheid nicht beantworten; sie sei einläßlich zu behandeln. Denn wenn der Bund bestreite, daß ein Privatrecht hier begründet worden sei, so verneine er damit den Klagegrund. Wäre seine Bestreitung begründet, so müßte dies allerdings zur Abweisung der Klage führen, dagegen niemals zu der Erklärung, daß das angerufene Gericht inkompetent sei.

F. Bei der heutigen Verhandlung halten beide Parteien unter eingehender Begründung an den im Schriftenwechsel gestellten Anträgen fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Eine besondere Gesetzesbestimmung, wodurch Streitigkeiten zwischen Bund und Eisenbahnunternehmungen über Konzessionsgebühren dem Bundesgerichte zur Entscheidung zugewiesen würden, besteht nicht. Dagegen ist das Bundesgericht sowohl nach Art. 39 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes, als nach Art. 28 O.-G. allgemein zur Beurtheilung aller privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und einer Eisenbahngesellschaft kompetent. Die Kompetenz des Bundesgerichtes hängt demnach davon ab, ob die Streitigkeit als eine privatrechtliche erscheint.

2. Hiefür ist die rechtliche Natur des eingeklagten Anspruches entscheidend. Es kommt darauf an, ob das von der Klägerin behauptete Recht dem Privatrechte angehört. Dagegen ist bei Beurtheilung der Kompetenzfrage nicht zu prüfen, ob das eingeklagte Recht wirklich bestehe. Es ist nur zu prüfen, ob ein Recht der von der Klägerin beanspruchten Art, sofern es besteht, privatrechtlicher Natur ist, nicht dagegen, ob durch die klagebegründenden Thatsachen ein Privatrecht in concreto wirklich begründet worden sei. Mit andern Worten, für die Kompetenzfrage ist entscheidend, ob die Klage einen öffentlich-rechtlichen Anspruch geltend macht oder einen privatrechtlichen, zur Begründung eines Privatrechtes an sich geeigneten, Thatbestand behauptet, nicht aber ob ein solcher wirklich gegeben ist.

3. Nun behauptet die Klägerin, durch die Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869, wodurch die Konzessionen für ihre Linien (mit Ausnahme der Linie Cadenazzo-Pino) ratifizirt wurden, ein Recht erworben zu haben, kraft dessen sie für den Betrieb dieser

Linien während der Konzessionsdauer nur mit der in Art. 1 der erwähnten Beschlüsse normirten Konzessionsgebühr von höchstens 500 Fr. per Wegstunde belegt werden dürfe. Sie mißt dem Art. 1 der Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869 die Bedeutung einer privatrechtlichen Zusage bei und beansprucht gestützt auf denselben ein Privileg im subjektiven Sinne, dessen richterlichen Schutz sie verlangt. Dagegen wendet der Beklagte ein, die Konzessionsgebühr werde vom Bundesrathe gestützt auf das Bundesgesetz vom 23. Dezember 1872 gefordert. Dieselbe sei eine öffentlich-rechtliche Abgabe und es enthalte Art. 1 der Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869 nicht eine privatrechtliche Zusicherung, sondern eine bloße in Ausübung des staatlichen Hoheitsrechtes getroffene Verwaltungsanordnung.

4. Fragt sich, ob bei dieser Sachlage die Streitigkeit als eine privatrechtliche erscheine, so ist zu bemerken: Es ist unzweifelhaft richtig, daß die Konzessionsgebühr, wie sie durch Art. 19 Abs. 3 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 normirt ist, sich als eine öffentlich-rechtliche Abgabe qualifizirt. Dieselbe wird ja nicht kraft irgend welchen privatrechtlichen Titels sondern einzig kraft hoheitlicher Anordnung geschuldet und ist daher ebensowohl eine öffentlich-rechtliche Abgabe, wie dies andere konzessionspflichtigen Gewerben gesetzlich auferlegte Gebühren sind. Streitigkeiten über die Konzessionsgebühr des Art. 19 Abs. 3 leg. cit., bei welchen es sich einfach darum handelt, ob und in welchem Betrage die Gebühr nach dem Gesetze geschuldet werde, sind also öffentlich-rechtliche Streitigkeiten und entziehen sich daher, da sie dem Bundesgerichte nicht besonders zugewiesen sind, der Kognition desselben. Allein um eine derartige, lediglich die gesetzliche Gebührenpflicht betreffende Streitigkeit handelt es sich hier nun nicht. Die Klägerin behauptet vielmehr kraft eines ihr durch die Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869 verliehenen Privilegs von der gesetzlichen Gebühr des Art. 19 Abs. 3 des Eisenbahngesetzes überhaupt eximirt und nur der durch die erwähnten Beschlüsse normirten konzessionsmäßigen Abgabe unterworfen zu sein. Damit behauptet sie einen privatrechtlichen Thatbestand. Wie der Beklagte prinzipiell nicht bestreitet und das Bundesgericht stets anerkannt hat, werden auch durch hoheitliche Akte, insbesondere

durch Eisenbahnkonzessionen, soweit dieselben hierauf gerichtet sind, Privatrechte begründet; insbesondere können durch hoheitliche Akte auch steuerrechtliche Privilegien als Privatrechte begründet werden. Sofern daher den Bundesbeschlüssen vom 22. Oktober 1869 die von der Klägerin behauptete Bedeutung zukommt, d. h. die Bedeutung einer Zusage an den Konzessionär, daß er während der Konzessionsdauer eine andere als die dort normirte Abgabe für die Gewerbebewilligung nicht zu entrichten habe, so ist für die Klägerin ein Privatrecht dieses Inhalts begründet worden. Die Kompetenz nun aber, darüber zu entscheiden, ob dies der Fall sei, ob dem Art. 1 der Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869 die Bedeutung einer privatrechtlichen Zusage zukomme, steht dem Bundesgerichte zu, da es sich dabei eben um einen Streit über den Bestand oder Nichtbestand eines Privatrechts handelt. Wenn der Beklagte die Kompetenz des Bundesgerichtes deßhalb bestreitet, weil Art. 1 der Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869 keine privatrechtliche Zusicherung, sondern eine bloße Verwaltungsanordnung enthalte, so ist darauf zu erwidern, daß aus diesem Grunde die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht bestritten werden kann; derselbe betrifft nicht die Kompetenz- sondern die Hauptfrage; er enthält, wie die Klägerin richtig bemerkt, eine Verneinung des Klagefundamentes und ist daher nicht jetzt, bei Entscheidung der Kompetenzfrage, sondern erst bei der Entscheidung in der Hauptsache zu prüfen. Die Prüfung der privatrechtlichen Tragweite der Bundesbeschlüsse vom 22. Oktober 1869 durch das Bundesgericht setzt dessen Kompetenz in der Sache gerade voraus; nur wenn das Bundesgericht kompetent ist, kann es auf diese Prüfung, welche auch der Beklagte ihm zumuthet, überhaupt eintreten. Wenn der schweizerische Bundesrath im Fernern angedeutet hat, ein allfälliges Privileg der Klägerin wäre jedenfalls durch Art. 19 Abs. 3 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872, welcher alle Eisenbahngesellschaften ohne Rücksicht auf das Datum ihrer Konzessionen betreffe, beseitigt, so trifft auch diese Einwendung nicht die Kompetenzfrage, sondern die Hauptsache. Es handelt sich dabei um einen Erlöschungsgrund des von der Klage behaupteten Privatrechtes, speziell um die Einwendung, es sei durch eine spätere Gesetzesänderung das von der Klägerin beanspruchte

Privatrecht aufgehoben worden. Auch zu Beurtheilung dieser Einwendung ist das Bundesgericht kompetent. Freilich ist die Vorschrift des Art. 19 Abs. 3 des Eisenbahngesetzes an sich öffentlich-rechtlicher Natur und steht deren Handhabung dem Bundesrathe zu. Allein hier steht die privatrechtliche Tragweite und Wirkung dieser Bestimmung in Frage; es fragt sich, ob dieselbe allfällige früher begründete Privilegien habe beseitigen wollen, ob sie also einen Erlöschungsgrund subjektiver Privatrechte statuire. Die Beurtheilung dieser Frage steht dem Civilrichter zu. Dieser ist dabei freilich an das geltende Gesetzesrecht gebunden; allein die Feststellung der privatrechtlichen Tragweite des Gesetzes steht dem Civilrichter zu. Der Richter und nicht die Verwaltungsbehörde hat zu entscheiden, ob Privatrechte speziell Privilegialrechte durch eine spätere Gesetzesänderung aufgehoben seien, oder ob vielmehr das neue Gesetz früher begründete Rechte unberührt lasse. Denn auch in dieser Richtung handelt es sich ja um einen Privatrechtsstreit. Ebenso ist natürlich auch die weitere Frage, ob für die gesetzliche Aufhebung eines Privatrechtes vom Staate Entschädigung geschuldet werde, privatrechtlicher Natur. Wenn der Beklagte in dieser Richtung eingewendet hat, ein allfälliger Entschädigungsanspruch könne im gegenwärtigen Verfahren überhaupt nicht in Betracht kommen, so erscheint dies nicht als richtig. Allerdings hat die Klägerin in der Klage ihren Anspruch nicht ausdrücklich auch als Entschädigungsanspruch qualifizirt. Allein eine nach Art. 46 der eidgenössischen Civilprozeßordnung unstatthafte Klageänderung liegt in der spätern eventuellen Geltendmachung dieses juristischen Gesichtspunktes doch nicht. Es wird dadurch weder das thatsächliche Klagefundament noch das Rechtsbegehren verändert, sondern nur zu rechtlicher Begründung des unverändert bleibenden Rechtsbegehrens ein neuer juristischer Gesichtspunkt herangezogen. Anders wäre dies freilich, wenn der Entschädigungsanspruch, wie der Beklagte meint, als Deliktsanspruch qualifizirt würde. Hier läge allerdings eine unstatthafte Klageänderung vor, da ein Verschulden des Beklagten in der Klageschrift nirgends behauptet war. Allein um einen Deliktsanspruch handelt es sich nun offenbar nicht, vielmehr um einen Entschädigungsanspruch, der auf einen berechtigten (expropriationsähnlichen) Eingriff des

Staates in die private Vermögenssphäre der Klägerin begründet wird und hiefür war die thatsächliche Substantirung schon in der Klageschrift gegeben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die vom schweizerischen Bundesrathe aufgeworfene Einrede der Inkompetenz des Gerichtes wird als unbegründet abgewiesen.

I. Alphabetisches Sachregister.

A

Abstimmungen und Wahlen. Kompetenzausscheidung bei Beschwerden gegen 68 ff., 567 ff.

Abtretung von grundversicherten Forderungen 108. Erw. 2.

— von Forderungen, Zulässigkeit 490 f. Erw. 1, 497.

— oder Anweisung? 492 Erw. 4.

— von Privatrechten s. Expropriation.

Adhäsion an die Weiterziehung an das Bundesgericht ist statthaft 515 Erw. 1, 522 Erw. 3.

Adhäsionsverfahren 26 Erw. 3, 64 Erw. 1, 158 Erw. 2, 164 Erw. 1, 396 ff.

— Gerichtsstand bei Geltendmachung von Civilansprüchen im 64 Erw. 1.

— Zulässigkeit der Weiterziehung an das Bundesgericht gegen im Adhäsionsverfahren ausgefällte Civilurtheile 158 Erw. 2, 164 Erw. 1.

— im Bundesstrafprozesse 396 ff.

— — Stellung des Geschädigten 397 ff. Erw. 2 ff.

— — fällt bei freisprechendem Wahrspruch dahin 398 ff.

Administrativbehörden, Kompetenzen 425 ff., 550 Erw. 1, 552 Erw. 3, 580 ff., 603 ff., 781 f.

— Befugniss zur Entscheidung präjudizieller Civilrechtsfragen in Verwaltungsstreitigkeiten 426 f. Erw. 3.

— des Bundes, Kompetenzen 68 f. Erw. 1 f., 100, 354 f. Erw. 2., 410 f. Erw. 1, 567 ff., 580 ff., 596 f. Erw. 2, 603 Erw. 1, 637 Erw. 1, 736 Erw. 3, 796 ff.

Administrativstreitigkeiten 426 f. Erw. 3, 603 Erw. 1, 781 ff., 796 ff.

— Behandlung präjudizieller Civilrechtsfragen 426 f. Erw. 3.

Aegypten, Stellung der Europäer 79 ff., 237 Erw. 2.

Aktenvervollständigungsbegehren vor Bundesgericht als Oberinstanz, s. Weiterziehung.
Aktiengesellschaften, Firma der, ist ausschliesslich bundesrechtlich geordnet 410 ff.
— — auch für durch Kantonalgesetz begründete und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltete Gesellschaften 410 ff.
— Liquidation der, ist ausschliesslich bundesrechtlich geordnet 322 f., Erw. 4.
— in Liquidation, Rechtsverhältnisse der 325 Erw. 6.
Alimentationsklage, s. Vaterschaftsklage.
Alimentationspflicht, verwandtschaftliche 533 Erw. 4, 536 Erw. 2, 730 Erw. 4.
Alternativobligation 476 f. Erw. 2.
— Wahl des Schuldners 476 Erw. 2.
— — Vollziehung der Wahl 476 Erw. 2.
— Unverschuldete Unmöglichkeit der gewählten Leistung 477 Erw. 3.
Amerika, s. Vereinigte Staaten.
Anarchistische Verbindungen 455 ff. Erw. 2.
Anerkennung unehelicher Kinder durch den Vater 248 Erw. 4.
— als Unterbrechungsgrund der Verjährung 747 ff. Erw. 4, 752.
Angehörige, eigene, Auslieferung nach Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika 87 ff.
Anklage, falsche, kein Auslieferungdelikt 239 Erw. 4.
Anwendung des Rechts in örtlicher Beziehung 34, 42 f. Erw. 3, 79 ff., 237 Erw. 2, 248 Erw. 4, 440 ff. Erw. 3, 644 ff. Erw. 2 ff., 704 f. Erw. 2.
in zeitlicher Beziehung 4 f. Erw. 2, 113 f. Erw. 5, 504 Erw. 3, 505 f. Erw. 5.
Anweisung 492 ff. Erw. 4 ff., 698 ff.
— Annahme der, vorbehaltlose? 492 ff. Erw. 4 ff.
— — Wirkungen 492 ff. Erw. 5 ff., 699 Erw. 5.
— angenommene oder Bürgschaft? 698 Erw. 2.
— auf Schuld 493 ff. Erw. 7.
— — Einreden des Acceptanten gegen den Anweisungsempfänger 493 f. Erw. 7 ff.
— Verzug des Gläubigers, Folgen 700 ff. Erw. 8 ff.

Anzeige. unbegründete, inwiefern unerlaubte Handlung? 162 f. Erw. 2, 674 ff. Erw. 3 ff.
Appellation, s. Weiterziehung.
Armenrecht 4 f.
— in Haftpflichtsachen 4 f.
Arrest 37 f. Erw. 2 f.
— oder vorsorgliche Verfügung? 37 f. Erw. 2.
Assisen, eidgenössische, Kassationsbegehren gegen Urtheil, s. Kassationsgericht, eidgenössisches.
Aufenthalt, s. Wohnsitz steuerrechtlicher.
Aufführungsrecht von musikalischen Werken, nach französischem Staatsvertrag 439 ff., 447 ff.
— — — Anwendung des Staatsvertrages auf vor seinem Inkrafttreten erschienene Werke 440 ff. Erw. 4 ff.
— — — Schutzfrist 439 f., 449 Erw. 2.
Aufnahme des Prozesses beim Tode einer Partei 9 ff.
Aufrechtstehender Schuldner 378 Erw. 1.
Ausfallsmuster 277 Erw. 4, 279.
Ausland, Beziehungen, s. Staatsverträge.
Ausländer, Ehescheidung 41 ff.
— Eheverhältnisse 43 Erw. 3.
Ausländisches Recht, Nachweis desselben 9 ff., 87 ff., 704 f. Erw. 2.
S. im übrigen Anwendung des Rechts in örtlicher Beziehung.
Auslegung von Gesetzen, Bedeutung der Gesetzesmaterialien 144 f. Erw. 3, 181 ff. Erw. 5.
— von Verträgen 152, 688 Erw. 4, 697 f. Erw. 3, 709 f. Erw. 3.
Auslieferung nach Staatsvertrag 73 ff., 79 ff., 85 ff., 226 ff., 454 ff., 458 ff., 632 ff.
— — mit Deutschland 85, 632 ff.
— — — Auslieferungsdelikte; wissentlicher Gebrauch gefälschter Urkunden 85.
— — — — fahrlässiger Falscheid ist kein 632 ff.
— — — Ausdehnung der Gerichtsgewalt des ersuchenden Staates über den Ausgelieferten 85.
— — — Spezialität der Auslieferung 85.
— — — ist Strafbarkeit der That im Inland. Voraussetzung der Auslieferungspflicht? 632 Erw. 1.

Auslieferung, nach Staatsvertrag, mit Italien 73 ff., 79 ff., 226 ff., 454 ff., 458 f.
— — — Auslieferungsbegehren 82 Erw. 3.
— — — Auslieferungsdelikte: Betrug, Zusammenrechnung des Schadens bei Konkurrenz mehrerer Betrugsfälle 73 f., 458 Erw. 1.
— — — — Calumnia ist kein 239 Erw. 4.
— — — — Erpressung 239 Erw. 4.
— — — — Mord 239 Erw. 4.
— — — — Pekulat 239 Erw. 4.
— — — — Theilnahme, speziell Beihülfe, bei Auslieferungsverbrechen 82 Erw. 4.
— — — — Verbrecherverbindung 454 f. Erw. 1.
— — — — Versuch 458 Erw. 2.
— — — Politische Delikte? 83 Erw. 6, 455 f. Erw. 2.
— — — — Ausschluss der Auslieferung 455 Erw. 2.
— — — Voraussetzungen der Auslieferungspflicht rücksichtlich:
a. des Thatortes 79 ff., 236 ff.
— — — — Auslieferungspflicht ist begründet, wenn die That von einem italienischen Angehörigen in einem ausländischen Gebiete begangen ist, wo dem italienischen Staat, kraft Kapitulation die Strafgerichtsbarkeit über seine Nationalen zusteht 79 ff., 237 f. Erw. 2.
— — — — ist nicht auf im Gebiete des ersuchenden Staates begangene Delikte beschränkt 236 f. Erw. 1.
b. der urtheilenden Behörde 79 ff., 238 ff.
— — — — Auslieferungspflicht besteht bei Beurtheilung durch Konsulargerichte 79 ff.
— — — — — ebenso bei Beurtheilung von Militärpersonen durch Kriegsgerichte 238 ff.
— — — Kompetenzen des Auslieferungsrichters 73 Erw. 1, 83 Erw. 6, 238 f. Erw. 3, 455 ff. Erw. 2.
— — — — — hinsichtlich Prüfung der Zuständigkeit des verfolgenden Gerichtes und dessen etwaige Eigenschaft als Ausnahmegericht 238 ff. Erw. 3.
— — — — — hinsichtlich der Frage, ob das Delikt ein politisches sei 455 ff. Erw. 2.
— — mit den Vereinigten Staaten von Amerika 87 ff.
— — — Auslieferung eigener Angehöriger 87 ff.

Auslieferung, nach Staatsvertrag, mit den Vereinigten Staaten von Amerika. Auslieferungsdelikte : Unterschlagung anvertrauter Gelder, wenn nach dem Gesetze des ersuchenden Staates mit entehrender Strafe bedroht 90 Erw. 4.
— — — Prüfung der Schuldindizien durch den Auslieferungsrichter 90 Erw. 4.
— Staatsverträge betreffend, Ausdehnung auf Kolonien? 236 f. Erw. 1.
Auslieferungspflicht interkantonale, und Recht der Urtheilsvollstreckung 611 ff.
Ausweisschriften, Nichteinlage von, hindert die Begründung des steuerrechtlichen Wohnsitzes nicht 23 Erw. 2, 214 Erw. 2, 350 Erw. 4.
Auswanderung, unbefugte, nach österreichischem Recht 98 Erw. 1.

B

Banken, s. Emissionsbanken.
Baufreiheit, gesetzliche Beschränkungen 59 f.
Bauherr, Haftpflicht für Unfälle beim Bau? 535 Erw. 2.
— — — bei Regiebau 535 Erw. 2.
— ist nicht Geschäftsherr des Bauunternehmers 537.
Baukonto der Eisenbahnen, s. Rechnungswesen.
Bauten, auf Grund und Boden des Bestellers, Rechte des Letzteren bei erheblicher Ueberschreitung des Voranschlages 481 ff. Erw. 3.
Beihülfe, im Auslieferungsrecht 82 Erw. 4.
Beistandschaft für Ehefrauen von Geldstagern, Wirkung in Bezug auf den Gerichtsstand 33 ff.
Bereicherung, ungerechtfertigte 106 Erw. 3, 328 f. Erw. 3, 665 Erw. 7.
Bereicherungsklage ist ausgeschlossen, wenn Vertragsklage auf Gegenleistung zusteht 328 f. Erw. 3.
Beschlag, s. Arrest.
Besitzübergabe an beweglichen Sachen 688 f. Erw. 8.
Betreibungspfandrecht und Eigenthumsschutz an beweglichen Sachen 282 ff. Erw. 2 ff.

Betrug als Auslieferungsdelikt 73 ff., 458 Erw. 1.
Bevormundete, Gerichtsstand 33 f.
Bevormundete sind an ihrem Wohnort zu besteuern 21 f. Erw. 2, 212 f.
— Wohnort 21 f. Erw. 2.
Bewegliche Sachen, Eigenthumsschutz bei Pfändung für Schulden Dritter 282 ff. Erw. 2 ff.
— Faustpfand an 688 f. Erw. 8.
Besteuerung, s. Doppelbesteuerung.
Beweislast 263 Erw. 4, 279, 317 Erw. 8, 533 Erw. 3, 541 Erw. 2, 639 ff. Erw. 2.
— bei Empfangbarkeit der Waare beim Kauf 279.
— bei Schädigung durch Thiere 639 ff. Erw. 2.
— in Markenrechtsstreitigkeiten 263 Erw. 4.
— bei selbständiger Schadenersatzklage des Käufers wegen Sachmängeln 317 Erw. 8.
— für Zufall in Haftpflichtsachen 541 Erw. 2.
Beweis zum ewigen Gedächtniss unterbricht die Verjährung nicht 314 f. Erw. 5.
Beweisrecht im Fiskalstrafverfahren 389 Erw. 4.
Blankettstrafgesetz 50 f. Erw. 3.
Börsenusanzen, rechtliche Bedeutung 276 f. Erw. 3.
Büchertitel, Rechte an 755.
Bund, Civilstreitigkeiten mit Eisenbahngesellschaften 179 ff., 796 ff.
— — mit Korporationen oder Privaten 179 ff., 335 ff., 796 ff.
— keine Einbürgerungspflicht desselben für Heimatlose 101 Erw. 2.
— Entschädigungspflicht für aufgehobenes Oktroi 340 ff.
— Entschädigungs- bezw. Beitragspflicht desselben bei Auflage besonderer Leistungen an Eisenbahngesellschaften im Interesse des durchgehenden Verkehrs, inwieweit begründet? 179 ff.
Bundesgericht, Kompetenz, staatsrechtliche Streitigkeiten, im Allgemeinen 4 Erw. 1, 9 Erw. 1, 30 Erw. 2, 49 Erw. 1, 60, 68 f. Erw. 1 ff., 212 Erw. 1, 220 Erw. 1, 225 Erw. 9, 351 Erw. 5, 354 f. Erw. 2, 357 Erw. 1, 371 Erw. 1, 378 Erw. 2, 410 f. Erw. 1, 418 Erw. 4, 430 Erw. 1, 439 Erw. 1, 456, 567, 580 ff., 596 f. Erw. 2, 603 Erw. 3, 611 Erw. 1, 630 Erw. 4.

Bundesgericht, Kompetenz, staatsrechtliche Streitigkeiten, im Allgemeinen. Verfassungsverletzungen.
a. Bundesverfassung 354 f. Erw. 2, 410 f. Erw. 1, 580 Erw. 2, 582 Erw. 4, 596 f. Erw. 2.
b. Kantonalverfassungen 68 f. Erw. 1 f., 354 f. Erw. 2, 567 ff., 596 Erw. 2.
— — — Bundesgesetze 4 Erw. 1, 410 f. Erw. 1.
— — — Konkordate 418 Erw. 4.
— — — Staatsverträge 73 Erw. 1, 83 Erw. 6, 439 Erw. 1. 456.
— — — — Auslieferung nach 73 Erw. 1, 83 Erw. 6, 238 Erw. 3, 456.
— — — zwischen Kantonen 20 ff.
— — Doppelbesteuerung 20 ff., 212 Erw. 1, 351 Erw. 5.
— — Gültigkeit von Wahlen und Abstimmungen 68 ff., 567 ff.
— — Trennung von Religionsgenossenschaften 580 ff., Erw. 2 ff, 603 Erw. 1.
— — Untersuchung der Uebereinstimmung neuer Kantonalverfassungen mit dem Bundesrechte 630 Erw. 4.
— — Civilstreitigkeiten, als einzige Instanz 340 Erw. 2, 550 Erw. 1, 781 f. Erw. 1, 796 ff.
— — — Kompetenzentscheidung und Sachentscheidung 796 ff.
— — in Heimatlosensachen 100, 101 Erw. 2, 245 Erw. 1, 252 Erw. 7.
— — in Expropriationssachen 637.
— — in Civilstreitigkeiten als Oberinstanz 102 ff., 105 ff. Erw. 2 ff., 107 f., 112, 114 ff., 116 f., 124 f. Erw. 3, 158 Erw. 2, 164 Erw. 1, 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 276 Erw. 2, 282 f. Erw. 2, 303 Erw. 2, 312 Erw. 2, 322 ff. Erw. 2 ff. 481 Erw. 2 u. 3, 504 ff. Erw. 3 ff., 515 Erw. 2, 522 Erw. 2, 532 Erw. 2, 644 ff. Erw. 2 ff., 648 Erw. 2, 662 Erw. 2, 664 f. Erw. 7, 674 f. Erw. 3, 697 Erw. 2, 704 f., 708 f. Erw. 2, 713 Erw. 4, 731, 735 f. Erw. 2, 736 Erw. 3, 765 f. Erw. 2.
— — — — in Sachen des Muster- und Modellschutzes 765 Erw. 2.
Bundesgesetz betreffend Abtretung von Privatrechten 637.
— betreffend Ausdehnung der Haftpflicht 123 ff., 167 ff., 332 ff., 522 ff., 526 ff., 532 ff., 535 ff., 541 ff., 725 ff., 729 f., 742 ff., 747 f., 750 ff.

Bundesgesetz betreffend Ausgabe und Einlösung von Banknoten 410 f.
— betreffend Bau und Betrieb der Eisenbahnen 179 ff., 796 ff.
— betreffend Bundesstrafrechtspflege 396 ff.
— betreffend Civilstand und Ehe 41 ff., 585 ff.
— betreffend gebrannte Wasser 335 ff.
— betreffend gewerbliche Muster und Modelle 765 ff.
— betreffend Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen 119 ff., 123 ff., 255 ff.
— betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb 123 ff., 167 f., 332 ff., 522 ff., 526 ff., 532 ff., 541 ff., 725 ff., 729 ff., 735 ff., 738 ff., 742 ff., 747. ff, 750 ff.
— betreffend Heimatlosigkeit 98 ff., 245 ff.
— betreffend Obligationenrecht 143 ff., 150 ff., 158 ff., 162 f., 164 f., 276 ff., 282 ff., 295 ff., 303 ff., 312 ff., 327 ff., 410 ff., 475 ff., 481 ff., 490 ff., 503 ff., 509 ff., 515 ff., 639 ff., 644 ff., 618 ff., 662 ff., 673 ff., 684 ff., 697 ff. 705 ff., 708 ff., 713 ff., 720 ff.
— betreffend Organisation der Bundesrechtspflege 102 f., 105 ff. Erw. 2 ff., 107 f., 112 ff., 114 f., 116 f., 405 f., 461, 567 f., 579 ff.
— betreffend persönliche Handlungsfähigkeit 228 f.
— betreffend Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften 761 ff.
— betreffend Schutz der Fabrik- und Handelsmarken 133 ff., 261 ff., 266 ff., 468 ff., 618 ff.
— betreffend Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst 755 ff.
— betreffend Verfahren vor Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 406, 550, 799.
— betreffend Verfahren bei Uebertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze 386 ff.
— betreffend Zollwesen 386 ff.
Bundesrath und (Bundesversammlung), Kompetenzen 68 f., 100, 179 Erw. 1, 354 f. Erw. 2, 567 ff., 580 ff., 596 f. Erw. 2, 603 Erw. 1. 637 Erw. 1, 736 Erw. 3, 796 ff.
— — zu Anordnungen im Eisenbahnwesen im Interesse des durchgehenden Verkehrs 179 Erw. 1.

Bundesrecht und Kantonalrecht 102 f. Erw. 2, 105 f. Erw. 2, 108 Erw. 2, 112 ff. Erw. 2 ff., 158 Erw. 2, 229 Erw. 2, 282 Erw. 2, 322 ff. Erw. 3 u. 4, 349 Erw. 2, 389 Erw. 4, 410 ff., 564 Erw. 4, 664 f. Erw. 7, 704 f. Erw. 2, 708 f. Erw. 2.
— — betreffend Abtretung grundversicherter Forderungen 108 Erw. 2,
— — betreffend Liquidation und Konkurs von Aktiengesellschaften 322 ff. Erw. 3 u. 4.
— — betreffend Beweisrecht im Fiskalstrafverfahren 389 Erw. 4.
— — betreffend Beweis ausländischen Rechts 704 f. Erw. 2.
— — betreffend Grenzen des Eigenthumsschutzes an beweglichen Sachen 282 f. Erw. 2.
— — betreffend Enteignungsentschädigung 102 f. Erw. 2.
— — betreffend Ersatzanspruch für Verwendungen auf eine fremde Liegenschaft 106 Erw. 3.
— — betreffend Firmenrecht 410 ff.
— — betreffend gerichtliches Pfandrecht an beweglichen Sachen 282 f. Erw. 2.
— — betreffend Liegenschaftskauf 105 f. Erw. 2 f., 112 ff., Erw. 2 ff.
— — betreffend persönliche Handlungsfähigkeit 229 Erw. 2.
— — betreffend Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung 158 Erw. 2.
— — betreffend Schenkung 108 Erw. 2, 664 f. Erw. 7.
— — betreffend staatsrechtliche Rekursfrist 349 Erw. 2.
— — betreffend Versicherungsvertrag 708 Erw. 2.
— — betreffend Wirkung der von einer Hauptpartei eingelegten Weiterziehung für den Intervenienten 324 f. Erw. 5.
— — betreffend Wucher 664 f. Erw. 7.
Bundesverfassung, Verhältniss zu den Kantonalverfassungen, s. Kantonalverfassungen.
Bundesversammlung, Kompetenz hinsichtlich der Prüfung neuer Kantonalverfassungen auf ihre Uebereinstimmung mit dem Bundesrechte 630 Erw. 4.
Bürgerrecht, deutsches 41 f.
— italienisches 98 ff.
— österreichisches 98 f. Erw. 1.

Bürgerrecht, schweizerisches.
— — geht durch Verehelichung mit einem Heimatlosen nicht verloren 41 Erw. 1, 99.
— verlorenes, lebt nicht dadurch ohne weiteres auf, dass der ehemalige Heimatstaat seinen Angehörigen bei Zuschiebung wieder aufnehmen muss 41 Erw. 1, 100.
— — Wiedererwerb nach deutschem Recht 41 Erw. 1.
— — — nach italienischem Recht 100.
Bürgschaft, Ausbedingen eines Entgelts für Uebernahme der 663 ff.
— — bedarf nicht der Schriftform 663 ff.

C

Calumnia, kein Auslieferungsdelikt 239 Erw. 4.
Causa debendi, Nichtangabe der 664 Erw. 5.
Cession, s. Abtretung.
Civilprozesssachen, s. Justizsachen.
Civil- und Strafsache. Verbindung der Behandlung 26 Erw. 3, 64 Erw. 1, 158 f. Erw. 2 f., 164 Erw. 1, 398 ff. Erw. 3 ff.
— — fällt im Bundesstrafprozesse mit freisprechendem Wahrspruche dahin 398 ff. Erw. 3 ff.
Civilpartei, s. Geschädigter.
Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Eisenbahngesellschaften 179 ff., 796 ff.
— zwischen Bund und Korporationen oder Privaten 179 ff., 335 ff., 796 ff.
— zwischen Kantonen und Korporationen oder Privaten 201 ff., 550 ff., 781 ff.
Civilurtheile, ausserkantonale, Vollstreckung 590 Erw. 1.
Concurrence déloyale 470 f. Erw. 5 f., 517, 654 Erw. 7, 713 ff., 756.
— — durch Gebrauch täuschender Geschäftsbezeichnung 517 f., 713 ff.
Condictio causa data causa non secuta 328 f. Erw. 3.

D

Damnifikat, s. Geschädigter.
Darlehen 150 ff., 684 ff. Erw. 3.
— mit Gewinnantheil oder Kommanditgesellschaft? 150 ff.
Deliktsklage oder Vertragsklage? 106 Erw. 2, 312 Erw. 3.
— — Konkurrenz, von? 312 Erw. 3.
Deutschland, Auslieferungsvertrag mit 85, 632 f.
— Niederlassungsvertrag mit 41 Erw. 1.
Dienstbarkeit des öffentlichen Fussweges auf Privateigenthum 781 ff.
— wer ist Subjekt derselben? 781 f. Erw. 2.
— Verlegung derselben 785 ff. Erw. 3.
Dienstvertrag, Abschluss bei Vorbehalt schriftlicher Form 303 f. Erw. 3.
— Konkurrenzverbot, Gültigkeit 306, 721 ff.
— — Uebergang des Rechts aus, auf Geschäftsübernehmer 720 Erw. 2.
— des Direktors eines Kuretablissements 685 ff. Erw. 4 ff.
— — Anspruch auf freie Station für die Familie? 688 Erw. 8.
— — Rechenschaftsablage 686 ff. Erw. 5 ff.
— — Verantwortlichkeit für Betriebsschulden? 687 ff.
— — Verantwortlichkeit für fehlende Inventurgegenstände 688 Erw. 2.
— Erneuerung 304 f. Erw. 4.
Differenzgeschäfte 143 ff.
Dolus bei Markenrechtsverletzung 139 Erw. 10.
Domizil, s. Wohnsitz.
Doppelbesteuerung, bewegliches Vermögen und Einkommen sind am Wohnorte zu versteuern 21 f. 212 ff., 350 f. Erw. 4.
— Geisteskranke oder Geistesschwache sind am dauernden Pflegeorte zu besteuern, sofern wenigstens nicht in einer Irrenanstalt untergebracht 21 Erw. 2, 212 ff.
— Pensionäre einer Kur- oder Erholungsanstalt sind bei dauerndem Aufenthalt am Aufenthaltsort zu besteuern 212 ff.

Doppelbesteuerung, unzulässige, Voraussetzungen 20 ff., 212 ff., 349 ff. Erw. 3 ff.
— bewegliches Vermögen Bevormundeter ist am Wohnorte des Mündels zu versteuern 21 f., Erw. 2, 212 ff.
— Wohnsitz, steuerrechtliche 21 f. Erw. 2, 212 ff., 350 f. Erw. 4.
— — Wechsel des 350 f. Erw. 4.
— Kompetenz des Bundesgerichtes 20 ff., 212 Erw. 1, 351 Erw. 5.
— Rückforderung freiwillig bezahlter Steuern 351 Erw. 5.

E

Ehe, Recht zur 586 Erw. 1.
Eheeinspruch, Gründe 585 ff.
— Verfahren 585 ff.
Ehefrau, eines Geltstagers, unter Beistandschaft gestellte, Gerichtsstand 33 f.
— Wohnsitz 33 ff.
Eherecht, örtliche Rechtsanwendung 42 f. Erw. 3.
Ehescheidungsklagen, Gerichtsstand für 41 ff.
— — wenn der Ehemann heimatlos, die Ehefrau dagegen Schweizerbürgerin ist 41 ff.
Eigenthum, geistiges, s. Urheberrecht.
— gewerbliches, s. Gewerbliches Eigenthum und Marken.
Eigenthümer, Haftpflicht für Schädigung durch Sachen 537, 550.
Eigenthumsansprache, früherer Konkursgläubiger an neu angefallenem Vermögen des Schuldners 418 ff.
Eigenthumsgarantie, verfassungsmässige, behauptete Verletzung 58 ff.
— — schliesst gesetzliche Eigenthums- speziell Baubeschränkungen nicht aus 59 ff.
Eigenthumsschutz an beweglichen Sachen, bei gerichtlicher Pfändung für Schulden Dritter 282 ff. Erw. 2 ff.
Eingangszoll oder Fabrikations- oder Verbrauchssteuer? 341 ff. Erw. 3 ff.
Einrede der abgeurtheilten Sache 327 f. Erw. 2.

Einrede, des Acceptanten einer Anweisung auf Schuld gegenüber dem Anweisungsempfänger aus dem Inhalte der Anweisung als einer solchen auf Schuld 493 ff. Erw. 7 ff.
— des Spiels bei Zeitgeschäften 143 ff.
— — — ist auch gegenüber dem Kommissionär statthaft, jedenfalls dann, wenn dieser als Selbstkontrahent gilt 143 f. Erw. 2.
— der Verjährung, s. Verjährung.
Eisenbahngesellschaften, Konzessionsgebührenpflicht, Streitigkeiten über 796 ff.
— Verpflichtung zu besondern Leistungen im Interesse des durchgehenden Verkehrs u. s. w. 179 ff.
— Entschädigungs- resp. Beitragspflicht des Bundes bei Anordnung solcher Leistungen durch den Bundesrath inwiefern begründet? 179 ff.
— Rechtsverhältnisse der Transportanstalten unter einander rücksichtlich solcher Leistungen 181 ff. Erw. 5 ff.
— Haftpflicht der, s. Haftpflicht.
— Rechnungswesen, s. Rechnungswesen.
Enseigne, s. Geschäftsbezeichnung.
Entmündigung, Beschwerden wegen 228 f. Erw. 1.
— Bundesrecht und Kantonalrecht betreffend 229 Erw. 2.
— Kompetenz zur 607 ff.
Emissionsbanken, Firma der 410 ff.
Erben, Aufnahme des Prozesses durch die 9 ff.
Erbschaft, unvertheilte, Rechtsverhältniss 363 Erw. 1.
Erfüllung, einer Obligation, durch Dritte 497.
— Unmöglichkeit der, s. Unmöglichkeit.
Erpressung, als Auslieferunsdelikt 239 Erw. 4.
Ettiquette und Marke 468 ff. Erw. 2 ff.
Expropriation, rechtliche Natur der Entschädigungspflicht 102 f. Erw. 2.
Expropriationsverfahren, Kompetenzen des Bundesgerichts 637.
— — — hinsichtlich Einleitung des 637.
— — — hinsichtlich von in Erledigung eines solchen abgeschlossenen Vergleichen 637.
Exterritorialität der Europäer im Orient 79 ff., 237 f. Erw. 2.

F

Fabrik- und Handelsmarken, s. Marken.
Fabrikations- beziehungsweise Verbrauchssteuer oder Eingangszoll? 341 ff.
Fabrikherrn, Haftpflicht bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern, s. Haftpflicht.
Falscheid, fahrlässiger, kein Auslieferungsdelikt 632 ff.
Faustpfand an beweglichen Sachen, Besitzübergabe 688 ff. Erw. 9.
— — — an Gasthof-Inventar 688 ff.
— an Forderungen, gewöhnlichen; Bestellung erfordert Uebergabe der Schuldurkunde, wenn die Forderung verbrieft ist 511.
— — — schriftliche Beurkundung; es genügt die Unterschrift des Pfandgebers 510 f., Erw. 5.
— — — Anzeige an den Dritt-Schuldner 511.
Firma, Begriff 516 ff. Erw. 5 ff., 649 Erw. 3.
— des Einzelgewerbetreibenden 516 f. Erw. 5.
— von Gesellschaften 134 Erw. 4, 410 ff., 649 f. Erw. 4.
— Ausschliesslichkeit der 649 f. Erw. 4.
— deutliche Unterscheidbarkeit zweier Firmen 649 ff. Erw. 4.
— als Marke gebraucht, s. unter Marken.
— und Marke 649 Erw. 3.
— unbefugter Gebrauch eines Namens als 715 Erw. 6.
— der Kollektivgesellschaft 134 Erw. 4, 649 f. Erw. 4.
— Recht der, ist durch das Obligationenrecht erschöpfend geordnet 410 ff.
— — auch für durch Kantonalgesetz begründete und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltete Aktiengesellschaften 412.
— — die Kantonalgesetzgebung ist daher nicht kompetent, die Führung der Bezeichnung «kantonal» in Geschäftsfirmen zu untersagen 411 ff. Erw. 2 f.
— Verhältniss zu Geschäftsbezeichnung, speziell Gasthofschild 516 ff.
Forderungen, gewöhnliche, Verpfändung, s. Faustpfand.

Form, gesetzliche, bei Verpfändung gewöhnlicher Forderungen 510 f. Erw. 5.
— — für Ausbedingen eines Entgelts für Bürgschaftsübernahme 663 f. Erw. 4.
— gewillkürte, bei Verträgen 303 f. Erw. 3.
Forstdiebstahl 64 f.
Frankreich, Uebereinkunft mit, zum gegenseitigen Schutze des litterarischen und künstlerischen Eigenthums 439 ff. 447 ff.
Freiheit der Meinungsäusserung, s. Meinungsäusserung.
— der Presse, s. Pressfreiheit.
— persönliche 433 f., 612 f. Erw. 3.
Fremdes Recht, s. Ausländisches Recht.
Frist zu civilrechtlicher Weiterziehung an das Bundesgericht 461, 515 Erw. 2.
— Innehaltung ist von Amteswegen zu prüfen 461 Erw. 1.
— — muss, bei Umgehung der zweiten Instanz, gegenüber dem erstinstanzlichen Urtheil innegehalten sein 461 Erw. 2.
— zur Kassationsbeschwerde an das eidgenössische Kassationsgericht in Fiskalstrafsachen 386 f. Erw. 1.
— — binnen derselben müssen sämmtliche Kassationsgründe geltend gemacht sein 386 Erw. 1.
— zum Rekurse in staatsrechtlichen Sachen 69 ff. Erw. 3 f., 221 Erw. 3, 228 Erw. 1, 349 Erw. 1, 349 Erw. 2, 368 Erw. 2, 579 Erw. 1.
— — — ist bundesrechtlich geordnet 349 Erw. 2.
— — — Innehaltung ist von Amteswegen zu wahren 405 f.
— — — wird durch Beschwerden bei inkompetenten kantonalen Stellen nicht unterbrochen 69 ff. Erw. 3 ff.
— — Sonntag als letzter Tag der, wird mitgerechnet 405 f.
— — Versäumniss, Wiedereinsetzung gegen 628 Erw. 1.
Fusswegrecht, öffentliches, s. Dienstbarkeit des öffentlichen Fussweges.

G

Gasthof-Inventar, Faustpfandbestellung an, Voraussetzungen 688 ff. Erw. 6.
Gasthofschild, und Firma 516 ff.
— Schutz 516 f., 713 fl.
Gefahrsübergang beim Kauf 295 Erw. 2.
Geisteskranke oder Geistesschwache sind am dauernden Pflegeorte zu besteuern, sofern wenigstens nicht in einer Irrenanstalt untergebracht 21 f. Erw. 2, 212 ff.
Geltstager, verbeiständete Ehefrau eines, Gerichsstand 33 ff.
Gemeinden, Aufhebung von Octroigebühren der, Entschädigungspflicht des Bundes 340 ff.
— Autonomie, Garantie der, involvirt nicht Gewähr des Existenzrechtes 629.
— Besteuerungsrecht 619 ff.
— Eintheilung des Staatsgebietes in, nach aargauischem Rechte 620 ff.
— Uebernahme von Leistungen zu Kultuszwecken 222 Erw. 6.
— verschiedener Kantone, Steuerstreitigkeiten zwischen 20 f.
— zwangsweise Verschmelzung, im Wege der Gesetzgebung 628 ff.
Gemeindebehörden, ist staatsrechtlicher Rekurs gegen Schlussnahmen solcher statthaft? 221 Erw. 4.
Gemeindewahlen, Beschwerden gegen, Kompetenz zur Beurtheilung 68 ff. Erw. 1 u. ff., 567 ff.
Genossenschaft, inneres Rechtsverhältniss, zeitliche Rechtsanwendung 113 f. Erw. 5.
Gerichte, Gestattung der Vollstreckung ausserkantonaler Strafurtheile durch 433 f.
Gerichtsstand für Arrest 37 f.
— der Begehung 64 Erw. 1.
— der Bevormundeten 33 f.
— der gelegenen Sache 368, 376 f., 378 ff., 417 ff. Erw. 2 ff., 563 f., 591 Erw. 2.
— der unter Beistand gestellten Ehefrau eines Geltstagers 33 f.
— für Ehescheidungsklagen 41 ff.

Gerichtsstand für Ehescheidungsklagen wenn der Ehemann Heimatloser, die Ehefrau dagegen Schweizerbürgerin ist 41 ff.
— für Entschädigungsforderungen des freigesprochenen Angeklagten gegen den unterliegenden Privatkläger 357 f. Erw. 2.
— für Konkurs 417 ff.
— für pfandversicherte Forderungen 368, 376 f., 378 f., 591 f. Erw. 3.
— für Nach- und Strafsteuerforderungen 364 Erw. 3, 371 Erw. 2.
— der Prorogation 30 f.
— für Schadenersatzklagen gegen den Eigenthümer einer Liegenschaft 563 f.
— für Realisirung eines Pfändungspfandrechtes 591 f. Erw. 2.
— — eines Retentionsrechtes 376 f., 378 ff.
— von Solidarschuldnern 38 Erw. 3, 564 Erw. 4.
— für Steuerforderungen 364 f. Erw. 3, 371 Erw. 2.
— verfassungsmässiger 26 f.
— des Vergehens 64 Erw. 1.
— der Widerklage 373 f.
— — setzt Rechtshängigkeit der Vorklage voraus 373 f.
— des Wohnsitzes 30 ff., 33 ff., 37 f., 357 Erw. 2, 364 f., 368, 371 Erw. 2, 373 f., 376 f., 378 ff., 421 Erw. 7, 563 ff.
— — gewählten 30 f.
— — bei Solidarschuldnern 38 Erw. 3, 564 Erw. 4.
— — letzten schweizerischen, in Ehescheidungssachen 43 Erw. 4.
— — — — wenn der Ehemann heimatlos, die Frau dagegen Schweizerin ist 43 Erw. 4.
— — ist verzichtbar 30 Erw. 1.
Geschädigter, im Bundesstrafprozesse, inwieweit zum Kassationsrekurse befugt? 396 f. Erw. 2 f.
— — Rechte in Voruntersuchung und in der Hauptverhandlung 399 ff.
— — bei freisprechendem Wahrspruche fällt die Verbindung von Civil- und Strafsache dahin 398 ff. Erw. 4 ff.
Geschäftsbezeichnung und Firma 516 ff.
— Schutz der 516 f., 713 ff. Erw. 5.
— wem steht das Recht an einer solchen zu? 713 ff.

Geschäftsbezeichnung und Firma, Erlöschen des Rechtes an 713 ff.
— Missbrauch eines Namens zur 715 Erw. 6.
Geschäftsherr? 537.
Geschäftsniederlassung 30 f.
Geschäftsübernahme, Uebergang des Rechts aus einem Konkurrenzverbot 721 Erw. 2.
Geschlechtsvormundschaft 229 Erw. 2.
Gesellschaft, inneres Rechtsverhältniss, zeitliche Rechtsanwendung 113 f. Erw. 5.
S. im übrigen Aktiengesellschaft, Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft.
Gesellschaftsfirma 134 Erw. 4, 410 ff., 649 f. Erw. 4.
Gesetz, als einzige Rechtsquelle im Strafrecht 64 f. 354 Erw. 1, 430 Erw. 1.
Gesetzgebende Gewalt, Eingriff in dieselbe 49 ff., 597 f. Erw. 3.
— der Kantone, Verhältniss zum Verfassungsrecht 628 ff. Erw. 2 ff.
Gesetzliche Aufhebung, von Tavernenrechten, Entschädigung 201 ff.
Gewährleistung, eidgenössische, der kantonalen Verfassungen 640 Erw. 4.
Gewährleistungsklagen, s. Kauf.
Gewaltentrennung, s. Trennung der Gewalten.
Gewerbebetrieb, Haftpflicht für, s. Haftpflicht der Fabrikherrn und Gewerbeunternehmer.
Gewerbliches Eigenthum 765 ff.
S. auch Marken.
Glaubens- und Gewissensfreiheit 222 f. Erw. 6, 354 f. Erw. 2, 580 Erw. 2.
— Verhältniss der bundesverfassungsmässigen Gewährleistung zu der Gewährleistung der freien Meinungsäusserung 354 f. Erw. 2.
Gleichheit vor dem Gesetze 50 Erw. 2, 582 Erw. 4, 630 Erw. 4.
Grundeigenthum, Beschränkungen der Veräusserungsfreiheit im Interesse der Gläubiger 368 Erw. 2.
— Schranken der Benutzung, 553 ff. Erw. 3.
S. im übrigen Liegenschaften
Grundstückskauf, s. Liegenschaftskauf.
Grundversicherte Forderungen 108 Erw. 2.

H

Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen 119 ff. 123 ff.
— — — was heisst beim Betrieb? 119 Erw. 2, 125 Erw. 4, 125 f. Erw. 5, 255 Erw. 2.
— — — — Rangiren von Wagen gehört zum Betrieb 119 Erw. 2.
— — — Hülfsarbeit zum Betrieb? 125 Erw. 4.
— — — Haftbefreiungsgründe, behauptete:
a) eigenes beziehungsweise konkurrirendes Verschulden des Verletzten oder Getödteten 120 Erw. 3, 255 ff. Erw. 3 ff.
b) Wissentliche Uebertretung polizeilicher Vorschriften 255 f. Erw. 3.
— — — Umfang des Ersatzanspruches bei Verletzung 258 Erw. 6.
— — — Verschulden der Bahn oder ihrer Leute 119 f. Erw. 2, 257 Erw. 5.
— — — — bei Nichteinfriedigung gefährlicher Stellen einer Schmalspurbahn 257 Erw. 5.
— — — — grobe Fahrlässigkeit? 119 f. Erw. 2.
— — — Kausalzusammenhang 125 f. Erw. 5.
— — — Krankheit oder Unfall? 125 f. Erw. 5.
— — — Verantwortlichkeit der Bahn für Unfälle bei Hülfsarbeiten des Betriebs richtet sich nach Fabrikhaftpflichtgesetz 125 Erw. 4.
— — — Verjährung von Haftpflichtansprüchen aus Eisenbahnhaftpflicht einer- und Fabrikhaftpflicht andrerseits 125 ff. Erw. 4 ff.
— — — — Dauer der Verjährungsfrist 125 f. Erw. 4 ff.
— — — Unterbrechungsgründe der Verjährung 125 Erw. 4.
— der Fabrikherren und Gewerbeunternehmer bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern 4 f., 123 ff., 167 ff., 332 ff., 522 ff., 526 ff., 532 ff., 535 ff., 541 ff., 725 ff., 729 ff., 735 ff., 738 ff., 742 ff., 747 ff., 750 ff.
— — Ausdehnung auf Hülfsarbeiten des Eisenbahnbetriebs 125 Erw. 4.

Haftpflicht der Fabrikherren und Gewerbeunternehmer bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern. Was heisst beim Fabrikbetrieb? 729 ff. Erw. 2, 736 f. Erw. 4.
— — Was gehört zum Gewerbebetrieb? 742 f. Erw. 2.
— — Hülfsarbeiten des Fabrikbetriebes oder in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Fabrikbetrieb stehende Dienstverrichtungen? 333 f. Erw. 3.
— — — Transporte zu andern als fabrikationsgewerblichen Zwecken fallen nicht hierunter 333 f. Erw. 3.
— — greift nur Platz bei Unfällen, welche in dem eigenen (auf eigene Rechnung geführten) Gewerbebetrieb sich ereignen, nicht aber bei Eingriffen der Arbeiter in den Betriebskreis eine rselbständigen, vom Fabirkherrn kraft Werkvertrags beschäftigten Unternehmung 332 f. Erw. 2.
— — Wer ist haftpflichtiger Unternehmer? 535 ff. Erw. 2.
— — — im Baugewerbe 535 f. Erw. 2.
— — — bei Regiebauten 535 Erw. 2.
— — Haftbefreiungsgründe, behauptete; eigenes, beziehungsweise konkurrirendes Verschulden des Verletzten oder Getödteten 167 ff., 533 Erw. 3, 725 ff. Erw. 2, 730 Erw. 3, 739 Erw. 3, 743 f. Erw. 2.
— — — Beweislast 553 Erw. 3.
— — Industrien, gesundheitsgefährliche, Haftung für Berufskrankheiten 736 Erw. 3.
— — Kausalzusammenhang 736 Erw. 4, 739 Erw. 2.
— — Ersatzanspruch:
a. im Falle der Verletzung 169 Erw. 6, 522 ff. Erw. 4 ff., 529 ff., 739 ff.
— — — Berechnung des entgangenen Verdienstes bei jugendlichen Arbeitern 530.
— — — Heilungs- und Verpflegungskosten 522 f. Erw. 4, 542 Erw. 4.
— — — Quantitativ der Entschädigung 169 Erw. 6, 522 f. Erw. 4, 529 f., 541 ff. Erw. 3 ff., 740 ff.
— — — Reduktion wegen Zufall 523 ff., 541 Erw. 2, 740.
— — — — Beweislast 541 Erw. 2.
— — — — wenn der Schaden das gesetzliche Entschädigungsmaximum erreicht oder übersteigt, ist bei zufälligen Beschädigungen von dem Entschädigungsmaximum ein angemessener Abstrich zu machen 523 f., 541 f. Erw. 3 ff.

Haftpflicht der Fabrikherren und Gewerbeunternehmer bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern. Wenn der Schaden das gesetzliche Entschädigungsmaximum erreicht oder übersteigt, ist bei zufälligen Beschädigungen von dem Entschädigungsmaximum ein angemessener Abstrich zu machen; Grundsätze für dessen Bemessung 541 ff. Erw. 3 ff.
— — Reduktion wegen krankhafter Veranlagung des Verletzten ? 740 f. Erw. 4.
— Ersatzanspruch:
b. im Falle der Tödtung 532 ff., 726 ff., 730 ff., 744 f.
— — — Ersatzberechtigte Hinterlassene 533 Erw. 4, 536 Erw. 2, 730 f. Erw. 4.
— — — Reduktion wegen Zufalls 533 Erw. 4, 732 f. Erw. 5.
— — — wegen Mitverschuldens 725 ff. Erw. 2, 743 f. Erw. 3 und 4.
— — — Quantitativ der Entschädigung 533 f. Erw. 4, 726, 743 f.
— — — — Beerdigungskosten 727.
— — — — Abstrich vom gesetzlichen Entschädigungsmaximum, wenn der Schaden dieses übersteigt, den Getödteten aber ein Mitverschulden trifft 727.
— — — — entscheidend ist, was der Getödtete für seine Familie zuleisten verpflichtet und im Stande war 732 Erw. 5.
— — Verjährung der Entschädigungsklagen 4 f. Erw. 2, 747 ff., 750 ff.
— — — Beginn 4 f. Erw. 2, 747.
— — — — ist nicht davon abhängig, dass das Etablissement durch den Bundesrath als Fabrik erklärt worden sei 4 Erw. 1.
— — — Dauer der Verjährungsfrist 125 Erw. 4, 747 Erw. 2, 750 ff.
— — — — wenn vertragsmässig, eine offenbar unzulängliche Entschädigung gereicht worden ist 750 f. Erw. 2.
— — — Hemmung wegen Nichterstattung der Unfallsanzeige 4 f. Erw. 2, 747 Erw. 2, 751 ff. Erw. 3.
— — Unterbrechungsgründe 125 Erw. 4, 747 ff., 752.
— — — — Anerkennung 747 f., 752.
— — Verträge über Entschädigung, Anfechtbarkeit 750 f. Erw. 2.

Haftpflicht der Fabrikherren und Gewerbeunternehmer bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern. Verträge über Entschädigung; Wirkung für Verjährungsdauer 750 Erw. 2.
— — Verzinslichkeit der Entschädigung 727.
— — Vorbehalt der Nachklage 522 Erw. 3, 524 f. Erw. 6, 543.
— — — wenn das gesetzlich mögliche Maximum der Entschädigung gesprochen ist? 524 f. Erw. 6.
— — — Tragweite 529 f. Erw. 3, 543.
— — — ob wiederholt statthaft? 529 ff.
Haftpflichtsachen, Armenrecht in 4 ff.
Hamburgisches Recht 11 ff. Erw. 4.
Handlungsfähigkeit 228 ff., 607 ff.
Hauptintervention 323 ff. Erw. 5.
— Einlegung der Weiterziehung durch eine Hauptpartei wirkt nicht für den Intervenienten 323 f. Erw. 5.
Hauptur theil 114 f., 124 Erw. 3, 503 f. Erw. 2.
— Entscheidung, wodurch eine zerstörliche Einrede gutgeheissen wird, ist ein 503 Erw. 2.
— Theilurtheil ist keines 114 f.
— Verhältniss, wenn bei objektiver Klagenhäufung ein Theil der Ansprüche definitiv beurtheilt ist, die noch nicht beurtheilten dagegen nicht in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallen 503 Erw. 2.
Hausfriedensbruch 431 ff.
Heilsarmee 354 f.
Heimatlose, wer ist heimatlos? 41 f. Erw. 1, 98 f. Erw. 1, 247 f. Erw. 3.
— Befugniss der Bundesbehörde zu Einbürgerung von, auch bei Möglichkeit der Abschiebung 100.
— Zur Einbürgerung sind nur die Kantone, nicht der Bund verpflichtet 101 Erw. 2.
— Zutheilungsgründe 101 Erw. 2, 248 f. Erw. 4 ff.
— — uneheliche Abstammung von einem schweizerischen Vater 248 f. Erw. 4 ff.
— als solche erscheinen Personen, welche kein Staatsbürgerrecht besitzen, auch dann, wenn ihr früheres Heimatland verpflichtet ist, sie bei ihrer Abschiebung dorthin wieder aufzunehmen 41 f. Erw. 1, 98 ff. Erw. 1.

Heimatlose, Gerichtsstand für Ehescheidungsklagen, wenn der Ehemann heimatlos, die Ehefrau dagegen Schweizerbürgerin ist 41 ff.
— bei Verehelichung einer Schweizerin mit einem Heimatlosen behält die erstere ihr früheres Bürgerrecht bei 41 Erw. 1, 99.
Heimatrecht, im Vormundschaftswesen 34.
— im Eherecht 42 f. Erw. 3.
— rücksichtlich der Anerkennung unehelicher Kinder 248 Erw. 4.
— im Strafrecht bei Strafthaten europäischer Angehöriger im Orient 79 ff. 237 Erw. 2.
Heimatstaat, Strafgerichtsbarkeit des europäischen, über seine Angehörigen im Orient 79 ff. 237 Erw. 2.
— Strafgerichtsbarkeit über Militär in ausländischen Garnisonen 237 Erw. 2.
Hinterlassene, Entschädigungsanspruch nach den Haftpflichtgesetzen 533 Erw. 4, 536 Erw. 2, 730 ff. Erw. 4 ff.
— Entschädigungsanspruch nach Obligationenrecht 641 f. Erw. 3.

I

Identität des Anspruches, als Voraussetzung der Einrede der abgeurtheilten Sache 327 f. Erw. 2.
Impensen 106 Erw. 3.
Industrien, gesundheitsgefährliche 736 Erw. 3.
Instanzenzug bei civilrechlicher Weiterziehung an das Bundesgericht 461.
— bei staatsrechtlichen Rekursen 49 Erw. 1, 69 f. Erw. 3 f., 221 Erw. 4, 349 Erw. 2, 374 Erw. 2, 586 Erw. 2.
Internationales Privatrecht, s. Anwendung des Rechts in örtlicher Beziehung.
Intervention, in staatsrechtlichen Sachen 220 Erw. 2.
— prinzipale, Einlegung der Weiterziehung durch eine Hauptpartei wirkt nicht ipso jure für den Intervenienten 323 f. Erw. 5.
Italien, Auslieferungsvertrag mit 73 ff., 79 ff., 236 ff., 454 ff., 458 f.

J

Juristische Thatsachen 504 Erw. 3.
Justizsachen 340 Erw. 2, 550 Erw. 1, 603 ff., 781 ff. Erw. 1, 796 ff.

K

Kantonalgesetze, Auslegung und Anwendung von 30 Erw. 2, 60, 102 f., 105 f. Erw. 2 f., 108 Erw. 2, 112 ff., 279, 312 Erw. 2, 315 Erw. 6, 322 ff. Erw. 2 ff., 324 Erw. 5, 329, 351 Erw. 5, 357 Erw. 1, 371 Erw. 1, 418 Erw. 4, 430 Erw. 1, 481 Erw. 2 und 3, 504 Erw. 3, 505 Erw. 5 f., 580 f. Erw. 3, 664 f. Erw. 7, 674 f. Erw. 2, 684 Erw. 2, 688 Erw. 7, 731.
— Vorbehalt derselben in Bundesgesetzen 103 Erw. 2, 105 f. Erw. 2 f., 108 Erw. 2, 112 ff. Erw. 2 f., 282 f. Erw. 2, 664 f. Erw. 7.
Kantonalrecht, Verhältniss zum Bundesrecht, s. Bundesrecht und Kantonalrecht.
Kantonalverfassungen, neuerlassene, Prüfung auf ihre Uebereinstimmung mit dem Bundesrecht steht der Bundesversammlung zu 630 Erw. 4.
— Verhältniss zur Bundesverfassung 354 f. Erw. 2, 597 Erw. 2.
— — hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit 597 Erw. 2.
— — zum kantonalen Gesetzgebungsrecht 628 ff. Erw. 2 f.
— Verletzung. Aargau 64 f., 430 ff., 607 ff., 619 ff.
— — Appenzell A./Rh. 354 Erw. 1.
— — Appenzell I./Rh. 25 ff.
— — Baselstadt 49 ff., 58 ff.
— — Bern 425 ff., 596 ff.
— — Freiburg 68 ff.
— — Luzern 433 ff., 611 ff.
— — Neuenburg 582 Erw. 5.
— — Solothurn 603 ff.
— — Unterwalden nid dem Wald 363 f. Erw .
— — Zürich 628 ff.

Kantone, Civilstreitigkeiten mit Privaten oder Korporationen 201 ff., 550 ff., 781 ff.
— Einbürgerungspflicht in betreff von Heimatlosen 98 ff.
— sind zu legislatorischen Erlassen über das Firmenwesen nicht mehr befugt 410 ff.
— staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen 20 f.
Kapitulationen mit orientalischen Staaten, betr. die Gerichtsbarkeit über europäische Angehörige 79 ff., 237 Erw. 2.
Kassationsbeschwerde an das eidgenössische Kassationsgericht 386 ff., 396 ff.
— — — gegen Urtheile kantonaler Gerichte über fiskalische Uebertretungen 386 ff.
— — — — binnen der Kassationsfrist müssen sämmtliche Kassationsgründe geltend gemacht werden 386 f. Erw. 1.
— — — — Kassationsgründe 387 ff.
— gegen Urtheile des eidgenössischen Assisenhofes 396 ff.
— — — — Beschaffenheit des Kassationsgesuches 396 Erw. 1.
— — — — Inwieweit ist der Geschädigte dazu berechtigt? 397 Erw. 2.
— — — — Kassationsgründe 396 ff. Erw. 2. ff.
— — — — — Versprechen des Vorstehers der Geschwornen bei Eröffnung des Wahrspruchs? 397 f.
— — — — — Nichtbehandlung des Civilpunktes bei freisprechendem Wahrspruch? 398 ff.
— bei kantonalem Gericht, Verfahren, wenn eine solche gleichzeitig mit der Weiterziehung der Sache an das Bundesgericht eingelegt ist, 273, Fakt. B.
Kauf, Beweislast für Empfangbarkeit der Waare bei Dispositionsstellung 279.
— Börsenusanzen im Getreidehandel 276 Erw. 3.
— Erfüllungszeit 277 Erw. 4.
— Gefahrsübergang 295.
— Untersuchungspflicht des Käufers bei Milchkauf 315 f. Erw. 4.
— Haftung des Verkäufers für Sachmängel 277 ff. Erw. 4 ff., 295 ff., 312 ff. Erw. 3 ff.
— — — bei Verkauf einer Gesammtsache 296.
— — — Abrede der Ersetzung beschädigter Stücke 295 ff.
— — — Beschaffenheit der Mängelrüge 277 Erw. 4.

Kauf, Haftung des Käufers für Sachmängel. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge? 277 Erw. 4, 315 ff. Erw. 7.
— — — Mängel der Verpackung 295 ff. Erw. 2.
— — — Rechte des Käufers; selbständige Schadenersatzklage, wenn er Wandelung nicht begehrt oder nicht begehren kann, setzt Nachweis des Verschuldens des Verkäufers voraus 317 Erw. 8.
— — — Verjährung der Gewährleistungsklagen 312 ff.
— — — — Beginn derselben mit der Ablieferung 313 Erw. 4.
— — — — — bei Käufen mit Ratenlieferung 313 Erw. 4.
— — — — rechtliche Natur 314 Erw. 5.
— — — — Unterbrechungsgründe 314 Erw. 5.
— nach Muster 277 ff. Erw. 5 ff.
— — Empfangbarkeit der Waare 277 ff. Erw. 5.
Kaufverträge über Liegenschaften, Anwendbarkeit des kantonalen Rechts 105 f. Erw. 2 f., 112 ff. Erw. 2 f.
Kausalzusammenhang 125 Erw. 5, 503 Erw. 2, 677 f. Erw. 5, 736 f. Erw. 4, 739 Erw. 2.
Kinder, Alimentationspflicht gegenüber den Eltern 533 Erw. 4, 536 Erw. 2, 736 f. Erw. 4.
— uneheliche, s. Uneheliche.
Kirchensteuern, s. Kultussteuern.
Kirchgemeinden, öffentliche, Spaltung, Streitigkeiten über die Succession in das Vermögen, rechtliche Natur 603 ff.
Klageänderung 799.
Klagegrund, Verschiedenheit, schliesst Einrede der abgeurtheilten Sache aus 328 Erw. 2.
Klagenhäufung, objektive 124 Erw. 3.
Kollektivgesellschaft 134 Erw. 4, 504 Erw. 4, 559, 699 Erw. 6, 720 ff. Erw. 2.
— Besteuerung zu Kultuszwecken 559 f.
— Firma der 134 Erw. 4, 649 ff. Erw. 4.
— Rechtsverhältniss nach Aussen 699 Erw. 6.
— Uebergang der Rechte aus einem Konkurrenzverbot bei Auflösung der, und Uebernahme des Geschäftes durch einen Gesellschafter 720 f. Erw. 2.
— Verjährung von Ansprüchen gegen ausgeschiedene Mitglieder aus Gesellschaftsschulden 504 ff. Erw. 4.
Kolonien, Ausdehnung von Staatsverträgen auf? 236 f. Erw. 2.

Kommanditgesellschaft oder Darlehen mit Gewinnantheil? 150 ff. Erw. 2 ff.
Kommission, Einrede des Spiels gegenüber dem Kommissionär 143 f. Erw. 2.
— Selbsteintritt des Kommissionärs 144 Erw. 2.
— Voraussetzungen des Retentionsrechtes des Kommissionärs 378 ff.
Kompensation, s. Verrechnung.
Kompetenzentscheidung und Sachentscheidung 796 ff.
Konkordate betreffend Konkurs 417 ff., 500 ff.
— betreffend Vormundschaft 34.
Konkurrenz, unredliche 470 ff., 517 ff., 654 Erw. 7, 713 ff., 756.
— — durch Gebrauch täuschender Geschäftsbezeichnung 517 f., 713 ff.
— — durch Entlehnung von Zeitungstiteln 756.
— von Delikts- und Vertragsanspruch? 312 f. Erw. 3.
Konkurrenzverbot, im Dienstvertrag vereinbartes, Gültigkeit 306, 721 f. Erw. 3.
— Uebergang des Rechts aus, bei Geschäftsveräusserung 720 ff. Erw. 2.
Konkurs, Universalität und Attraktionskraft, nach Konkordat 420 Erw. 6.
— Zuständigkeit zu Eröffnung 421 Erw. 7.
Konsulargerichte 79 ff.
Konventionalstrafe, Reduktion wegen Uebermasses, Voraussetzungen 706 Erw. 4.
Konzessionsgebühren der Eisenbahngesellschaften, Streitigkeiten über, Kompetenz 796 ff.
Kreditschädigung? 165 Erw. 2.
Kriegsgericht, Auslieferung von Militärpersonen, welche durch solche verfolgt werden 238 f. Erw. 3.
Kriminalkammer, eidgenössische, inwieweit zu Beurtheilung des Civilpunktes berufen und verpflichtet? 398 ff. Erw. 3 ff.
Kultusfreiheit, Verhältniss der bundesverfassungsmässigen Gewährleistung zur Gewährleistung der freien Meinungsäusserung 354 Erw. 2.
Kultussteuern 220 ff., 559 f.
— Besteuerung von Kollektivgesellschaften 559 f.

Kultuszwecke, Uebernahme von Leistungen für, durch Staat oder Gemeinde 222 Erw. 6.
Künstlerisches Eigenthum, s. Urheberrecht.

L

Ladung zum Sühneversuch als Unterbrechungsgrund der Verjährung 314 Erw. 5.
— vor ein verfassungsmässig unzuständiges Gericht, Statthaftigkeit des staatsrechtlichen Rekurses 374 Erw. 2.
Lärm, Nachbarrecht bei 554 Erw. 5.
Lebensversicherungsvertrag, gehört die Versicherungssumme zum Nachlasse des Versicherungsnehmers wenn der Vertrag zu Gunsten eines benannten Dritten abgeschlossen ist? 709 f. Erw. 3.
— Auslegung der Police 709 f. Erw. 3.
— Verhältniss des eidgenössischen zum kantonalen Recht 708 f. Erw. 2.
Legitimation zur Sache 10 ff. Erw. 3 ff., 20 Erw. 1, 674 Erw. 3, 720 Erw. 2.
— — Nachweis der, bei Aufnahme des Prozesses nach Tod einer Partei 10 ff. Erw. 3 ff.
— — passive, bei interkantonalen Steuerstreitigkeiten 20 Erw. 1.
— zum Rekurse, s. Rekurs.
Liegenschaften, ständige Gefährdung von, durch militärische Schiessübungen, Entschädigungspflicht des Staates 552 ff. Erw. 3 ff.
— Veräusserungsbeschränkungen im Interesse der Gläubiger 368 Erw. 2.
— Verwendungen des gutgläubigen Besitzers auf 106 Erw. 3.
— Nachbarrecht 553 Erw. 3 ff.
Liegenschaftskauf, Anwendbarkeit des kantonalen Rechts 105 f. Erw. 2, 112 ff. Erw. 2 ff.
Liquidation, der Aktiengesellschaft, ausschliesslich bundesrechtlich geordnet 322 f. Erw. 4.
— — Rechtsverhältniss bei 325 Erw. 6.
Litisreassumtion 9 ff.

M

Mängelrüge, s. Kauf.
Marken, Begriff und Bestandtheil nach Bundesgesetz 134 ff. Erw. 4 ff., 262 Erw. 3, 468 ff., 515 f. Erw. 4, 649 Erw. 3, 652 Erw. 5.
— alte schweizerische, Eintrag begründet keine Rechtsvermuthung 262 Erw. 4.
— Eintrag, Wirkungen 262 ff. Erw. 4, 651 ff. Erw. 5, 653 f. Erw. 6.
— — — verleiht dem Nachahmer kein Recht 263 Erw. 4, 651 f. Erw. 5.
— — begründet Rechte nur für den Hinterleger selbst 262 ff. Erw. 4.
— Einwand, dass der Kläger selbst blos Nachahmer sei 263 Erw. 4, 651 Erw. 5.
— Firma als Marke 134 ff. Erw. 4 ff.
— — — ist geschützt, auch ohne Eintrag im Markenregister, sofern die Firma im Handelsregister eingetragen ist 135 Erw. 5.
— Freizeichen? 138 f., 651 f. Erw. 5.
— — Personennamen, der nicht zur Waarenbezeichnung geworden ist, ist nicht Gemeingut 138 f.
— Nachahmung, täuschende 136 ff. Erw. 6 ff., 269 ff. Erw. 3, 652 ff.
— — — bei für den überseeischen Export bestimmten Waaren 269 ff. Erw. 3.
— — — wenn die Firma als Marke gebraucht wird 136 ff. Erw. 6 f.
— — — nicht blos Inverkehrbringen widerrechtlich bezeichneter Waare liegt vor, wenn der Thäter Waaren mit der widerrechtlichen Bezeichnung hat fabriziren lassen 134 Erw. 3, 138 Erw. 9.
— — — begründet Schadenersatzpflicht auch bei blosser Fahrlässigkeit 138 f. Erw. 9.
— — — Vorsatz bei 139 Erw. 10.
— — — Umfang des Schadenersatzanspruches 140 Erw. 12.
— — — Publikation des Urtheils 141 Erw. 13, 654 Erw. 6.

Marken, Priorität der Hinterlegung 262 ff. Erw. 4, 651 ff. Erw. 5, 653 f. Erw. 6.
— Verzicht auf 264 Erw. 5.
— Verhältniss zu Etiquette und Verpackung 468 ff.
Markenrechtsverletzung, Folgen derselben sind ausschliesslich durch das Markenschutzgesetz normirt 133 Erw. 2.
— Vorsatz bei 139 Erw. 10.
S. im übrigen Marken, Nachahmung.
Massouah, 232 ff.
Meineid 632 f.
Meinungsäusserung, Freiheit der, Verhältniss zu der bundesrechtlichen Gewährleistung der Kultusfreiheit 354 f. Erw. 2.
Milchkauf, Untersuchungspflicht des Käufers 315 f. Erw. 7.
— Verjährung der Gewährleistungsklagen 312 ff.
Militärgericht, Beurtheilung durch, schliesst Auslieferungspflicht nicht aus 238 f. Erw. 3.
Militärpersonen in ausländischen Garnisonen unterstehen dem heimatlichen Strafrecht 237 Erw. 2.
Modell gewerbliches 765 ff.
— Neuheit 766.
— — bei Neuheit der Anwendung eines bekannten Dekorationsmotivs 766 ff.
Mord, als Auslieferungsdelikt 239 Erw. 4.
Musikalische Kunstwerke, Aufführungsrecht, s. Aufführungsrecht.
Muster- und Modellschutz 765 ff.

N

Nachbarrecht 552 ff. Erw. 3 ff.
Nachtzüge 179 ff.
Namen, Schutz gegen unbefugten Gebrauch in einer Geschäftsbezeichnung 715 f. Erw. 6.
— — — — als Firma 715 f. Erw. 6.
— Namenberechtigte? 716.
Nebenintervention in staatsrechtlichen Sachen 220 Erw. 2.
Neuerung? 700 Erw. 7.
Neuheit im Muster- und Modellschutz 766 f.
Niederlassung, Entzug 596 f. Erw. 2.

Niederlassungsvertrag mit Deutschland 41 Erw. 1.
Nordamerika, s. Vereinigte Staaten.
Notenbanken, Firma der 410.
Novation? 700 Erw. 7.
Nulla pœna sine lege 64 f., 354 Erw. 1, 430 ff.

O

Oberaufsicht des Bundesgerichts über Schatzungskommissionen 637.
Octroi, Aufhebung, Entschädigungspflicht des Bundes, in wieweit begründet 340 ff.
Oeffentliche Ordnung, Vergehen gegen? 430 ff.
Oeffentlicher Weg auf Privateigenthum 781 ff.
Orientalische Staaten, Exterritorialität der Europäer im Strafrecht, kraft der Kapitulationen 79 ff., 237 f. Erw. 2.

P

Paternitätsklage, s. Vaterschaftsklage.
Pekulat als Auslieferungsdelikt 239 Erw. 4.
Personennamen, s. Namen.
Pfandrecht, Gerichtsstand, s. Gerichtsstand.
— richterliches 282 ff. Erw. 2 ff., 591 ff. Erw. 2.
S. im Uebrigen unter Grundversicherte Forderungen, Faustpfand.
Pfändungspfandrecht an beweglichen Sachen und Eigenthumsschutz 282 ff. Erw. 2 ff.
— Gerichtsstand für Realisirung, nach Konkordat 591 ff. Erw. 2.
Politisches Delikt? 83 Erw. 6, 455 ff. Erw. 2.
Postverwaltung, eidgenössische, Beitragspflicht bei Auflage besonderer Leistungen an Eisenbahngesellschaften im Interesse der Post 179 ff.
Präjudizialität des Strafurtheils? 158 f. Erw. 3.
Präjudizialpunkte, civilrechtlicher Natur in Verwaltungsstreitigkeiten 425 ff.
Pressdelikte, Schadenersatzpflicht aus 158 Erw. 2.

Pressfreiheit, Gewährleistung der, Verhältniss zu der Gewährleistung der Kultusfreiheit 354 f. Erw. 2.
Prioritätsstreit im Konkurs, Gläubiger, welche sich der einen Partei zu eigenem Vortheil anschliessen, sind als Hauptintervenienten zu behandeln 323 ff. Erw. 5.
Privatkläger, unterliegender, Schadenersatzpflicht nach schwyzerischem Strafprozess 357 f. Erw. 2.
Privatrechte, wohlerwerbene, s. Eigenthumsgarantie, verfassungsmässige.
Privilegien 796 ff.
Prorogation des Gerichtsstandes, vertragliche Vereinbarung eines solchen zu Gunsten des Publikums 30 f. Erw. 4.
Prozess, Aufnahme desselben beim Tode einer Partei 9 ff.
— Einleitung, nach glarnerischem Recht 373 f. Erw. 1.
Prozesskosten, kantonale Entscheidungen über, können nicht selbständig an das Bundesgericht gezogen werden 312 Erw. 2.

Q

Quasischmerzengeld bei Tort moral 159 Erw. 4, 164 f. Erw. 2, 642, 674 ff. Erw. 3 ff.

R

Realgewerberecht 201 ff.
Reassumtion des Prozesses durch die Erben 9 ff.
Rechenschaftsablage des Direktors eines Kuretablissements 686 ff.
Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften 761 ff. Erw. 5 ff.
— — für Transporte auf dem eigenen Netz zu eigenen Bauzwecken dürfen nur die Selbstkosten dem Baukonto zugeschrieben werden 761 ff.
Rechtshülfe, interkantonale 433 ff., 611 ff.
— — und Auslieferungspflicht 611 ff.
Rechtsverordnungen 50 f. Erw. 3.
Rechtsverweigerung 4 f., 9 ff., 64 Erw. 1, 582 Erw. 5.
Rekurs, staatsrechtlicher, Instanzenzug 49 f. Erw. 1, 69 f. Erw. 3 f., 221 Erw. 4., 349 Erw. 2, 374 Erw. 2, 586 Erw. 2.
— — Legitimation zum 49 Erw. 1, 363 Erw. 1, 417 Erw. 1.

Rekurs, staatsrechtticher, Legitimation zum, gegen allgemein verbindliche Erlasse 49 Erw. 1.
— — — einzelner Konkursgläubiger zu Geltendmachung der Rechte aus dem Konkurskonkordat 417 Erw. 1.
— — statthafter 37 Erw. 1, 221 Erw. 4, 228 Erw. 1, 363 Erw. 1, 374 Erw. 2.
— — Verfahren, Wiedereinsetzung gegen Fristversäumniss 628 Erw. 1.
— — verspäteter? 69 ff. Erw. 3 ff., 221 Erw. 3, 228 Erw. 1, 349 Erw. 1, 349 Erw. 2, 368 Erw. 2, 405 f., 579 Erw. 1.
— — wegen Verletzung verfassungsmässiger Gerichtsstandsnormen gegen blosse Ladung statthaft 374 Erw. 2.
— Zulässigkeit der Intervention 220 Erw. 2.
Rekursfrist, s. Frist.
Religionsgenossenschaften, Angehörigkeit zu 560 Erw. 2.
— Trennung von, Anstände betreffend 581 ff. Erw. 4 ff., 603 ff.
S. im übrigen Kultussteuern.
Restitution, s. Wiedereinsetzung.
Retentionsrecht, Gerichtsstand 376 f., 378 ff.
— lediglich zu Umgehung des verfassungsmässigen Gerichtsstandes vorgeschütztes 378 ff.
— des Kommissionärs, Voraussetzungen 378 ff.
— Konnexität bei 690 Erw. 10.
— Verfügungsgewalt als Voraussetzung 378 ff., 690 Erw. 10.
Richter, verfassungsmässiger, s. Gerichtsstand, verfassungsmässiger.
Richterliche Gewalt, Eingriffe in dieselbe, behauptete 425 ff., 597 Erw. 3, 603 ff., 607 ff.
Rückforderung freiwillig bezahlter Steuern 351 Erw. 5.

S

Salutisten 354 f.
Sache, belegene, Gerichtsstand 368, 376 ff., 378 ff., 417 ff. Erw. 2 ff., 563 f., 591 Erw. 2.
— Haftpflicht des Eigenthümers bei Schädigung durch 537, 550.
Sachentscheidung und Kompetenzentscheidung 796 ff.
Sachmängel, Haftung des Verkäufers 277 ff., 295 ff., 312 ff.

Sachmängel, beim Handel nach Muster 277 ff. Erw. 5 ff.
— bei Verkauf einer Gesammtsache 296.
— — Abrede der Ersetzung beschädigter Stücke 295 ff.
— bei Schädigung durch Mängel der Verpackung 295 ff. Erw. 2.
— Mängelrüge:
a. Beschaffenheit 277 Erw. 4.
b. Rechtzeitigkeit? 277 Erw. 4, 315 ff. Erw. 7.
— Verjährung der Gewährleistungsklagen 312 ff.
— — — beginnt mit der Ablieferung 313 Erw. 4.
— — — läuft bei Kauf mit Ratenlieferung für jede Lieferung besonders 313 Erw. 4.
— — — rechtliche Natur? 314 Erw. 5.
— — — Unterbrechungsgründe 314 Erw. 5.
Schenkung, Anwendbarkeit des kantonalen Rechts 108 Erw. 2., 664 f. Erw. 7.
Schenkungssteuer, Streitigkeiten betreffend, rechtliche Natur 425 ff.
— — Behandlung präjudizieller Civilrechtsfragen 425 ff.
Schiessübungen, militärische, ständige Gefährdung von Liegenschaften durch, Entschädigungspflicht des Staates 552 ff. Erw. 3.
Schild, s. Geschäftsbezeichnung.
Schmalspurbahnen 257 Erw. 5.
Schriftform, gesetzliche, für Verpfändung von Forderungen 510 f. Erw. 5.
— — bei Ausbedingen eines Entgelts für Bürgschaftsübernahme? 663 f. Erw. 4.
— gewillkürte 303 f. Erw. 3.
— — bei Abschluss eines Dienstvertrags 303 Erw. 3.
Schuldgrund, Nichtangabe des 664 Erw. 5.
Schweizerbürger, Auslieferung nach Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika 87 ff.
Schweizerbürgerrecht geht durch Verehelichung mit einem Heimatlosen nicht verloren 41 Erw. 1, 99.
Selbsteintritt des Kommissionärs 144 Erw. 2.
Selbsthülfe, unerlaubte 431 f. Erw. 2 und 3.
Separatkonkurs, ausserhalb des Wohnortes des Konkursiten, für bewegliches Vermögen, auch dann unzulässig, wenn er am Orte eines früheren Konkurses über dort dem Schuldner neu zugefallenes Vermögen eröffnet wird 416 ff.

Solidarschuldner, Gerichtsstand 38 Erw. 3, 564 Erw. 4.
Sonntag als letzter Tag der staatsrechtlichen Rekursfrist wird mitgerechnet 405 f.
Sonntagspolizei, Verordnungen betreffend 50 f.
Spezialität der Auslieferung 85.
Spiel, Einrede des, gegenüber Zeitgeschäften 143 ff.
— — ist auch gegenüber dem Kommissionär statthaft, jedenfalls wenn dieser als Selbstkontrahent gilt 143 f. Erw. 2.
Staat, Entschädigungspflicht bei gesetzlicher Aufhebung von Tavernenrechten nach zürcherischem Recht 201 ff.
— Entschädigungspflicht bei Eingriff in Privatrechte durch befugte Ausübung der Staatsgewalt 552 ff. Erw. 3 ff.
— Entschädigungspflicht bei ständiger Gefährdung von Liegenschaften durch militärische Schiessübungen 552 ff. Erw. 3 ff.
Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen 20 f.
Staatsverträge, s. Deutschland, Frankreich, Italien, Vereinigte Staaten von (Nord) Amerika.
— Ausdehnung auf Kolonien 236 Erw. 1.
— interkantonale, keine nothwendige Voraussetzung für Gewährung interkantonaler Rechtshülfe 612 Erw. 8.
Steuerprivilegien 796 ff.
Steuerstreitigkeiten, Gerichtsstand 364 f. Erw. 3, 371 Erw. 2.
— zwischen Kantonen resp. Gemeinden verschiedener Kantone 20 f.
— rechtliche Natur 425 ff., 796 ff.
— — wenn Privileg behauptet 796 ff.
— Behandlung präjudizieller Civilrechtsfragen 426 f. Erw. 3.
Stillschweigen 705 Erw. 3.
Stimmrecht, kirchliches 580 ff.
Straf- und Civilsache, Verbindung der Behandlung 26 Erw. 3, 64 Erw. 1, 158 f. Erw. 2 f., 164 Erw. 1, 398 ff. Erw. 3 ff.
— — fällt im Bundesstrafprozesse mit freisprechendem Wahrspruche dahin 398 ff. Erw. 3 ff.
Strafklage, unbegründete, inwiefern unerlaubte Handlung? 162 Erw. 2, 674 ff. Erw. 3 ff.
Strafrecht, Gesetz als einzige verfassungsmässige Rechtsquelle im 64 f., 354 Erw. 1, 430 Erw. 1.
— Stellung europäischer Angehöriger im Orient bezüglich des 79 ff., 237 f. Erw. 2.
— — von Militärs in ausländischen Garnisonen 237 f. Erw. 2.

Strafprozess, schwyzerischer, Entschädigungspflicht des unterliegenden Privatklägers 357 f. Erw. 2.
S. auch Adhäsionsverfahren.
Strafurtheil, ob präjudiziell für Civilsache? 159 f. Erw. 3.
— ausserkantonales, Vollstreckung 433 f., 611 f.
Streitgegenstand, Identität? 328 Erw. 2.
Streitwerth, als Voraussetzung der bundesgerichtlichen Kompetenz 102 f., 106 Erw. 3, 116 f., 124 Erw. 3, 164 Erw. 1, 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 276 Erw. 2, 503 Erw. 2, 522 Erw. 2, 532 f. Erw. 2, 648 Erw. 2, 697 Erw. 2, 708 f. Erw. 2, 713 Erw. 4, 735 Erw. 2.
— — beurtheilt sich in Weiterzugsfällen nach der Streitlage vor der letzten kantonalen Entscheidung 532 Erw. 2.
— — bei Klagen auf Erfüllung gegenseitiger Verträge 276 Erw. 2.
— — bei Klagenhäufung, objektiver 124 Erw. 3, 503 Erw. 2.
— — in Markenrechtssachen 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 648 Erw. 2.
— — massgebend sind die Parteibegehren 532 f. Erw. 2.
— — wenn in Haftpflichtsachen Vorbehalt der Nachklage im Streit liegt 522 Erw. 2.
— — bei Präjudizialverhältniss zwischen Vor- und Widerklage 117 Erw. 2.
— — — wenn die Widerklage blos bedingt erhoben und die Bedingung nicht eingetreten ist 117 Erw. 2.
— — Unbestimmtheit 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 522 Erw. 2, 648 Erw. 2, 713 Erw. 4.

T

Tavernenrecht, gesetzliche Aufhebung, Entschädigung, (nach zürcherischem Recht) 201 ff.
Thatbestand, durch die kantonalen Gerichte festgestellter 121, 125 f. Erw. 5, 145 Erw. 4, 255 f. Erw. 3, 256 f. Erw. 4 und 5, 263 Erw. 4, 271 f., 278 f. Erw. 5 ff., 470 Erw. 5, 493 Erw. 6, 509 Erw. 2, 523 Erw. 5, 533 Erw. 3, 533 Erw. 4, 537, 641, 651 Erw. 5, 654 Erw. 7, 663 Erw. 3, 685 Erw. 3, 688 Erw. 8, 697 Erw. 3, 705 Erw. 3, 709 f. Erw. 3, 714 f., 722 Erw. 3, 730 Erw. 2 und 3, 735 Erw. 1, 739 f. Erw. 2 und 3, 744 Erw. 3, 765 Erw. 3, 766 Erw. 5.

Theilnahme, an Auslieferungsverbrechen 82 Erw. 4.
— — und Verbrecherverbindung 454 f. Erw. 1.
Theilurtheil 114 f.
Thiere, Beschädigung durch, Haftung des Thierhalters 639 ff.
— — Beweislast 639 ff. Erw. 2 ff.
Titel, von Zeitungen und Büchern, Recht an 755 f.
Tod, einer Partei während des Prozesses, Aufnahme des Prozesses durch die Erben, Voraussetzungen 9 ff.
Tort moral 159 Erw. 4, 164 f. Erw. 2, 642, 674 ff. Erw. 3 ff.
— Entschädigung wegen, bei eigenem Verschulden 159 f. Erw. 4.
Trennung der Gewalten 49 ff., 425 ff., 597 f. Erw. 3, 603 ff., 607 ff.

U

Uebereinkunft betreffend die Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Litteratur und Kunst 439 f. Erw. 2.
Uebergang der Gefahr beim Kauf 295 Erw. 2.
Uebergangsbestimmungen zum Obligationenrecht 113 f. Erw. 5, 282 f. Erw. 2, 504 ff. Erw. 3 ff., 708 f. Erw. 2.
Uebertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze, Verfahren bei 386 ff.
— — Beweisrecht 389 Erw. 4.
— — Frist zur Beschwerde an das eidgenössische Kassationsgericht 386 f. Erw. 1.
— — — binnen derselben müssen sämmtliche Kassationsgründe geltend gemacht werden 386 f. Erw. 1.
— — Kassationsgründe 386 ff.
— — Verjährung der Strafverfolgung 387 f. Erw 3.
— — — bei Zollverschlagnissen durch zu niedrige Werthdeklaration 387 f. Erw. 3.
Uneheliche, Anerkennung durch den Vater 248 f. Erw. 4.
Unerlaubte Handlung, Obligationen aus 133 Erw. 2 f., 158 ff. 162 f., 164 f., 470 f. Erw. 5 f., 536 f. Erw. 3, 550, 654 Erw. 7, 674 ff. Erw. 3 ff., 713 ff.
— oder Vertragsverletzung? 106 Erw. 2, 312 Erw. 3.
Unfallsanzeige, Nichterstattung der, als Verjährungshinderniss in Haftpflichtsachen 4 f. Erw. 2, 747 Erw. 2, 751 f. Erw. 3.

Universalität und Attraktivkraft des Konkurses nach Konkordat 420 Erw. 6.
Unmöglichkeit der Erfüllung 476 f. Erw. 2, 705 f. Erw. 3.
— bei der durch Wahl des Schuldners auf Ein Leistungsobjekt konzentrirten Alternativobligation 476 ff. Erw. 2.
Unterschlagung anvertrauten Gutes, als Auslieferungsdelikt 90 f. Erw. 4 f.
Untersuchungshaft, unschuldig erlittene, Entschädigungspflicht des Denunzianten? 674 ff.
— — — für Gesundheitsschädigung durch reglementswidrige Behandlung? 677 ff.
Urheberrecht, musikalisches, Schutz nach französischem Staatsvertrag 439 ff., 447 ff.
S. auch Aufführungsrecht.
— an Zeitungs- und Büchertiteln 755 f.
Urkunden, Fälschung und wissentlicher Gebrauch gefälschter, als Auslieferungsdelikt 85.
Urtheil, s. Civil- und Strafurtheil.
Usanzen, rechtliche Bedeutung 276 f. Erw. 3.

V

Vaterschaftsklage, rechtliche Natur 26 Erw. 3.
Verbrecherverbindung, inwiefern Auslieferungsdelikt 454 f. Erw. 1.
Verbrauchssteuer oder Eingangszoll? 341 ff.
Verfahren bei Uebertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze, s. unter Uebertretungen.
Verfügungsgewalt als Voraussetzung des Retentionsrechtes 378 ff., 690 Erw. 10.
Vereinigte Staaten von (Nord) Amerika, Auslieferungsvertrag mit 87 ff.
Verjährung, von Civilansprüchen 4 Erw. 2, 125 Erw. 4 f., 312 ff. 504 ff., 747 f., 751 f.
— Anwendung des Rechts in zeitlicher Beziehung 504 Erw. 3.
— Unterbrechungsgründe 125 Erw. 4, 314 Erw. 5, 504 ff., 747, 752.
— — Unterbrechung gegenüber einem Mitverpflichteten wirkt abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen nicht gegen die Uebrigen 506.

Verjähruug, von Ansprüchen gegen ausgeschiedene Kollektivgesellschafter aus Gesellschaftsschulden 504 f. Erw. 4.
— von Eisenbahnhaftpflichtklagen 125 f. Erw. 4 f.
— von Fabrikhaftpflichtklagen 4 Erw. 2, 125 Erw. 4, 747 ff.,
— — Beginn 4 Erw. 2, 747 Erw. 2. [750 ff.
— — Dauer der Verjährungsfrist 125 Erw. 4, 747 Erw. 2.
— — Hemmung wegen Nichterfüllung der Unfallsanzeige 4 Erw. 2, 747 Erw. 2, 751 f.
— — Unterbrechungsgründe 125 Erw. 4, 747 ff., 752.
— — — Anerkennung 747 ff., 752.
S. auch Haftpflicht.
— der Gewährleistungsklagen beim Kauf, s. Kauf.
— der Strafverfolgung bei Uebertretung von Bundesfiskalgesetzen 387 f. Erw. 3.
— — — — Zollverschlagnissen 387 Erw. 3.
Verletzung, ernstliche, der persönlichen Verhältnisse, s. Tort moral.
Verordnungen gesetzgeberischen Inhalts, infolge gesetzlicher Ermächtigung erlassene 50 Erw. 3.
Verpackung und Marke 468 ff. Erw. 2 ff.
Verpfändung von Forderungen, s. Faustpfand.
Verrechnung 690 Erw. 10.
Versicherungsvertrag, Verhältniss des eidgenössischen und kantonalen Rechts 708 f. Erw. 2.
S. Lebensversicherungsvertrag.
Versorger 642 Erw. 3.
Versprechen der Leistung eines Dritten 706 Erw. 3.
Versuch von Auslieferungsdelikten 458 f. Erw. 2.
Vertrag, rechtswidriger oder unsittlicher? 306, 664 Erw. 6.
— zu Gunsten Dritter 509 f. Erw. 2, 709 f. Erw. 3.
— betreffend Haftpflichtentschädigungen, Anfechtbarkeit 750 f. Erw. 2.
Vertragsabschluss 303 f. Erw. 3.
— Vorbehalt schriftlicher Form 303 f. Erw. 3.
Vertragsklage oder Klage aus unerlaubter Handlung? 106 Erw. 2, 312 f. Erw. 3.
— — — Konkurrenz von? 312 f. Erw. 3.
Verwandte, Alimentationspflicht 533 Erw. 4, 536 Erw. 2, 730 f. Erw. 4.
Verwendungen des gutgläubigen Besitzers auf eine Liegenschaft 106 Erw. 3.

Verzicht 23 Erw. 2, 264 Erw. 5, 592 Erw. 3, 705 Erw. 3, 713 Erw. 3.
— auf Markenrecht 264 Erw. 5.
Verzug, des Gläubigers, bei terminirter Anweisung 700 ff. Erw. 8.
Vindikation, beweglicher Sachen, bei Pfändung für Schulden eines Dritten 282 ff. Erw. 2 ff.
Vollstreckung, ausserkantonaler Civilurtheile 590 f. Erw. 1.
— ausserkantonaler Strafurtheile 433 ff., 611 f.
Vormundschaft, Anordnung der 607 ff.
— Heimatrecht 34.
— Konkordat betreffend 34
S. im übrigen Handlungsfähigkeit, Bevormundete und Entmündigung.
Vorsatz, bei Markenrechtsverletzung 139 Erw. 10.
Vorsorgliche Verfügung oder Arrest? 37 f. Erw. 2.
— im Entmündungsverfahren 608 Erw. 2.

W

Wahlen und Abstimmungen, Beschwerden gegen, Kompetenz zu Beurtheilung 68 f. Erw. 1 ff., 567 ff.
Wahlobligation, s. Alternativobligation.
Wege, öffentliche 781 ff.
— Streitigkeiten über das Eigenthum an einer als öffentlicher Weg beanspruchten Bodenfläche oder deren Belastung mit einer Diensbarkeit zu Gunsten des öffentlichen Verkehrs sind privatrechtlicher Natur 781 ff.
Wegrecht, öffentliches, auf Privateigenthum 781 ff.
— — — Subjekt desselben 782 ff.
— — — Verlegung 785 ff.
Weiterziehung kantonaler Urtheile an das Bundesgericht, Adhäsion an dieselbe ist zulässig 515 Erw. 2, 522 Erw. 2.
— Aktenvervollständigungsbegehren 271 ff., 500 Erw. 13, 526 Erw. 1, 673 f. Erw. 1.
— Erklärung der durch eine Hauptpartei wirkt nicht für den Hauptintervenienten 323 ff. Erw. 5.
— Feststellung vom kantonalen Richter nicht gewürdigter Beweise durch das Bundesgericht 263 Erw. 4.
— Frist 461, 515 Erw. 2.

Weiterziehung kantonaler Urtheile an das Bundesgericht, Frist, Innehaltung ist von Amteswegen zu prüfen 461 Erw. 1.
— — muss bei Umgehung der zweiten Instanz gegenüber dem erstinstanzlichen Urtheile eingehalten sein 461 Erw. 2.
— Form, ist beim judexa quo einzulegen 461 Erw. 2.
— Nova sind unzulässig 123 Erw. 1, 272, 526 Erw. 1.
— nur statthaft gegen Civilurtheile 164 Erw. 1.
— nur statthaft gegen Haupturtheile 114 ff., 124 Erw. 3, 503 Erw. 2.
— nur statthaft insoweit nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden 102 f., 105 f. Erw. 2 f., 108 Erw. 2., 112 ff. Erw. 2 ff., 282 f. Erw. 2, 312 Erw. 2, 322 ff. Erw. 2 ff., 481 f. Erw. 2 und 3, 504 Erw. 3, 505 f. Erw. 5, 644 ff. Erw. 2 f., 664 f. Erw. 7, 674 f. Erw. 3, 684 Erw. 2, 688 Erw. 7, 704 f., 708 f. Erw. 2.
— ist statthaft auch wenn blos theilweise nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden ist 322 Erw. 3, 504 Erw. 3.
Weiterziehung ist statthaft gegen Erkenntnisse, welche eine peremtorische Einrede gutheissen 503 Erw. 2.
— ist statthaft, wenn bei objektiver Klagenhäufung, ein Theil der Ansprüche definitiv beurtheilt ist, die nicht beurtheilten dagegen nicht in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallen 503 Erw. 3.
— Streitwerth 102 f., 106 Erw. 3, 116 f., 124 Erw. 3, 164 Erw. 1, 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 276 Erw. 2, 322 Erw. 2, 503 Erw. 2, 522 Erw. 2, 532 f. Erw. 2, 648 Erw. 2, 697 Erw. 2, 708 f. Erw. 2, 713 Erw. 4, 735 Erw. 2.
— — bei Klagen auf Erfüllung gegenseitiger Verträge 276 Erw. 2.
— — bei Klagenhäufung, objektiver 124 Erw. 3, 503 Erw. 2.
— — in Markenrechtssachen 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 648 Erw. 2.
— — massgebend sind die Parteibegehren 532 Erw. 2.
— — bei Präjudizialverhältniss zwischen Vor- und Widerklage 117 Erw. 2.
— — — — wenn die Widerklage nur bedingt erhoben und die Bedingung nicht eingehalten ist 117 Erw. 2.
— — — bei Prioritätsstreitigkeiten im Konkurs 322 Erw. 2.
— — — Unbestimmtheit 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 522 Erw. 2, 648 Erw. 2, 713 Erw. 4.
— — — wenn in Haftpflichtsachen Vorbehalt der Nachklage im Streite liegt 522 Erw. 2.

Weiterziehung, Thatbestandsfeststellung 121 Erw. 3, 125 f. Erw. 5, 145 f. Erw. 4, 255 f. Erw. 3, 256 f. Erw. 4 u. 5, 263 Erw. 4, 271 f., 278 Erw. 5 f., 470 Erw. 5, 493 Erw. 6, 509 Erw. 2, 523 Erw. 5, 533 Erw. 3, 533 Erw. 4, 537, 641, 663 Erw. 3, 685 Erw. 3, 688 Erw. 8, 697 Erw. 3, 705 Erw. 3, 709 f. Erw. 3, 714 f., 722 Erw. 3, 730 Erw. 2 und 3, 735 Erw. 1, 739 f. Erw. 2 u. 3, 744 Erw. 3, 755 Erw. 2, 756 Erw. 5.
— — unzulässig ist die selbständige von Entscheidungen über die Prozesskosten 312 Erw. 2.
— — unzulässig gegen Theilurtheile 114 f.
— — Verfahren ist mündlich 526 Erw. 1.
— — unzulässig soweit nach ausländischem Recht zu entscheiden 644 Erw. 2, 704 f. Erw. 2.
— — Verfahren, wenn gegen ein an das Bundesgericht weitergezogenes Urtheil gleichzeitig Kassationsbeschwerde bei einem kantonalen Kassationsgericht eingelegt ist 273 Fakt. B.
— — zulässig gegen im Adhäsionsverfahren ausgefällte Civilurtheile 158 Erw. 2, 164 Erw. 1.
— — Verzicht auf 713 Erw. 3.
Werk, Haftung des Eigenthümers für Schädigung durch 537, 550.
Werkvertrag Rechte des Bestellers bei erheblicher Ueberschreitung des Voranschlags für eine auf seinem Grund und Boden ausgeführte Baute 481 f. Erw. 2.
Wiedereinsetzung im staatsrechtlichen Verfahren 628 Erw. 1.
Widerklage, Gerichtsstand der 373 f.
— setzt Anhängigkeit der Vorklage voraus 373 f.
— Streitwerthberechnung in Fällen oberinstanzlicher Kompetenz des Bundesgerichts 117 Erw. 2.
Wirthshausinventar, Faustpfandbestellung an, Voraussetzungen 688 ff. Erw. 9.
Wirthshausschild und Firma 516 ff.
— Schutz 516 ff., 713 ff.
Wirthschaftsrechte (zürcherische), gesetzliche Aufhebung, Entschädigungspflicht 201 ff.
Wohlerworbene Privatrechte, s. Eigenthumsgarantie, verfassungsmässige.
Wohnsitz, Begriff und Begründung 350 f. Erw. 4.
— Bevormundeter 21 Erw. 2, 33 f.

Wohnsitz, der Ehefrau 33 Erw. 1.
— — bei Verbeiständung wegen Geldstags des Ehemannes 33 f.
— des Geschäfts 30 ff.
— gewählter 30 ff.
— Gerichtsstand des, ist verzichtbar 30 Erw. 2.
S. im übrigen unter Gerichtsstand.
— steuerrechtlicher 21 ff. Erw. 2, 212 ff., 350 f. Erw. 4.
— — von Geisteskranken und Geistesschwachen 21 ff. Erw. 2, 212 ff.
— — von Pensionnären einer Kur- oder Erholungsanstalt bei dauerndem Aufenthalt 212 ff.
— — Begründung ist nicht von Einlage der Ausweisschriften abhängig 23 Erw. 2, 214 Erw. 2, 350 f. Erw. 4.
— Wechsel des 350 f. Erw. 4.
Wucher 664 ff. Erw. 7.

Z

Zahlungsunfähigkeit, s. aufrechtstehender Schuldner.
Zehntleistungen an kirchliche Anstalten 220 ff.
Zeitgeschäfte, Einrede des Spiels gegenüber 143 ff.
Zeitliche Konflikte der Gesetze, s. Anwendung des Rechts in zeitlicher Beziehung.
Zeitungstitel, Rechte an 755 f.
Zoll oder Verbrauchssteuer? 341 ff.
Zollverschlagniss durch zu niedrige Werthangabe 386 ff.
— Beweis 387 ff. Erw. 3 f.
— Verjährung der Strafverfolgung 387 ff. Erw. 3.
Zweigniederlassung 30 f.

Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851.

Art. 49 Abs. 2 u. 3 . 399.
» 114 . . . . . 400 ff.
» 115 . . . . . 400 ff.
» 117 . . . . . 402 ff.
» 122 . . . . . 403 ff.
» 125 . . . . . 403 ff.
» 125 litt. *p* . . . 403 ff.
» 126 . . . . . 402 ff.
» 126 litt. *b* . . . 402 ff.
» 136 . . . . . 397.
» 149 . . . . . 396 Erw. 1.
» 149 litt. *c*. . . . 397 f.
» 149 litt. *e* . . . 398 Erw. 3.

Bundesgesetz über das Zollwesen vom 27. August 1851.

Art. 50 litt. *g* Seite 387 ff. Erw. 2 ff.

Vollziehungsverordnung vom 18. Weinmonat 1881 zum Zollgesetze vom 27. August 1851.

Art. 26 . . . Seite 387 ff. Erw. 2 ff.

Bundesgesetz über Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852.

Art. 2 . . . Seite 611 Erw. 2.

Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweiz. Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1872.

Art. 19 Abs. 3 Seite 797 ff.
» 33 . . . . . 179 ff.
» 33 Abs. 4 . . . 179 ff.
» 39 » 2 . . . 796 ff.

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

Art. 27 Ziff. 2 Seite 340 Erw. 2.
» 27 » 4 . . . 550 f. Erw. 1, 781 Erw. 1.
» 28 . . . . . 796 Erw. 1.
» 29 . . . . . 102 f. Erw. 2, 105 f. Erw. 2, 106 Erw. 3, 108 Erw. 2, 112 ff. Erw. 2 ff., 114 f., 116 f., 124 Erw. 3, 158 Erw. 2, 164 Erw. 1, 261 Erw. 2, 266 Erw. 1, 273, 276 Erw. 2, 282 f. Erw. 2, 303 Erw. 1, 312 Erw. 2, 315 Erw. 5, 322 ff. Erw. 2 ff., 329, 461, 481 Erw. 2 u. 3, 503 Erw. 2, 504 Erw. 3, 505 f. Erw. 5, 515 Erw. 2, 522 Erw. 2 u. 3, 644 ff. Erw. 2, 618 Erw. 2, 662 Erw. 1, 664 f. Erw. 7, 674 f. Erw. 3, 684 Erw. 2, 688 Erw. 7, 697 Erw. 2, 704 f. Erw. 2, 708 f. Erw. 2, 713 Erw. 4, 735 f. Erw. 2.
Art. 29 Abs. 4 Seite 461 Erw. 2.
» 30 . . . . . 121 Erw. 3, 123 Erw. 1, 125 Erw. 5, 145 f. Erw. 4, 255 f. Erw. 3, 256 f. Erw. 4 u. 5, 263 f. Erw. 4, 271 f., 278 Erw. 5 f., 315 Erw. 5, 461 Erw. 2, 470 Erw. 5, 493 Erw. 6, 509 Erw. 2, 515 Erw. 2, 523 Erw. 5, 526 Erw. 1, 533 Erw. 2 ff., 537, 641, 651 Erw. 5, 654 Erw. 7, 663 Erw. 3, 673 f. Erw. 1, 685 Erw. 3, 688 Erw. 8, 698 Erw. 3, 706 f. Erw. 3, 709 f. Erw. 3, 714 f., 722 Erw. 3, 730 Erw. 2 u. 3, 735 Erw. 1, 739 f. Erw. 2 u. 3, 744 Erw. 3, 765 Erw. 3, 766 Erw. 5.
Art. 30 Abs. 1 Seite 461 Erw. 2.
» 30 » 4 . . . 121 Erw. 3, 123 Erw. 1, 125 Erw. 5, 145 f. Erw. 4, 255 f. Erw. 3, 256 f. Erw. 4 u. 5, 263 f. Erw. 4, 271 f., 278, Erw. 5 f., 315 Erw. 5, 470 Erw. 5, 493 Erw. 6, 509 Erw. 2, 521 Erw. 5, 526

Erw. 1, 533 Erw. 2 ff., 537, 641, 651 Erw. 5, 654 Erw. 7, 663 Erw. 3, 673 f. Erw. 1, 685 Erw. 3, 688 Erw. 8, 698 Erw. 3, 706 f. Erw. 3, 709 f. Erw. 3, 714 f., 722 Erw. 3, 730 Erw. 2 u. 3, 735 Erw. 1, 739 f. Erw. 2 u. 3, 744 Erw. 3, 765 Erw. 3, 766 Erw. 5.

Art. 57 . . Seite 20 Erw. 1.
» 59 . . . . . 4 Erw. 1, 9 Erw. 1, 30 Erw. 2, 49 Erw. 1, 60 Erw. 3, 68 ff., 212 Erw. 1, 220 ff. Erw. 1 ff., 225 Erw. 9, 228 f. Erw. 1, 349 Erw. 1, 349 Erw. 2, 351 Erw. 5, 354 Erw. 2, 357 Erw. 1, 363 Erw. 1, 368 Erw. 2, 371 Erw. 1, 374 Erw. 2, 405 f., 410 f. Erw. 1, 418 Erw. 4, 439 Erw. 1, 567 ff., 580 ff., 596 f. Erw. 2, 603 f. Erw. 1, 611 Erw. 1.
Art. 59 Abs. 2 Ziff. 5 596 f. Erw. 2.
» 59 » 2 » 6 354 f. Erw. 2, 580 Erw. 2, 582 Erw. 4, 603 f. Erw. 1.
» 59 » 2 » 8 410 f. Erw. 1.
» 59 » 2 » 9 68 f. Erw. 2, 567 ff.

Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 29. Dezember 1874.

Art. 28 Ziff. 3 Seite 585 Erw. 1.
» 31 . . . . . 43 Erw. 3.
» 35 . . . . . 586 Erw. 2.
» 38 . . . . . 586 Erw. 2.
» 43 Abs. 1 . . . 43 f. Erw. 4.
» 43 Abs. 2 . . . 43 f. Erw. 4.
» 56 . . . . . 41 ff.

Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875.

Art. 32 Ziff. 6 Seite 295.

Bundesgseetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschiffunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Heumonat 1875.

Art. 2 . . . Seite 119 f. Erw. 2 f., 125 Erw. 4, 125 f. Erw. 5, 255 ff.
» 4 . . . . . 255 f. Erw. 3.
» 5 . . . . . 258 Erw. 6.
» 7 . . . . . 119 f. Erw. 2.
» 10 . . . . . 125 Erw. 4 ff.

Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879.

Seite 133 ff., 515 Erw. 4.
Art. 2 . . . . . 135 ff. Erw. 5, 262 Erw. 3, 468 ff. Erw. 2, 515 Erw. 4, 651 ff.
» 3 . . . . . 649 Erw. 3.
» 4 . . . . . 469 Erw. 2, 652.
» 5 . . . . . 135 f. Erw. 5, 262 ff. Erw. 4, 651 ff. Erw. 5.
» 5 Abs. 2 . . . 262 ff. Erw. 4, 651 ff. Erw. 5.
» 6 . . . . . 136 f. Erw. 7, 269 ff. Erw. 3, 652 f. Erw. 5.
» 18 litt. *a* u. *b* . 138 Erw. 9.
» 18 litt. *d* . . . 139 Erw. 9.
» 19 . . . . . 139 Erw. 9, 140 Erw. 12.
» 20 . . . . . 135 f. Erw. 5, 653 f. Erw. 6.
» 22 Alinea 4 . . 141 Erw. 13.
» 27 ff. . . . . 262 Erw. 4.

Bundesgesetz über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten vom 8. März 1881.

Art. 7 litt. *a* Seite 410 f. Erw. 1.

Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Jun 1881.

Art. 1 . . . Seite 655 Erw. 7.
» 10 . . . . . 108 Erw. 2, 665 Erw. 7.

Art. 12 . . . Seite 303 f. Erw. 3, 510 f. Erw. 5 f.
» 13 . . . . . 303 f. Erw. 3.
» 14 . . . . . 303 f. Erw. 3.
» 15 . . . . . 664 Erw. 5.
» 16 . . . . . 152, 709 Erw. 3.
» 17 . . . . . 306, 664 Erw. 6, 721 f. Erw. 3.
» 50 . . . Seite 106 Erw. 2, 133 f. Erw. 2, 158 ff. Erw. 2 ff., 162 f. Erw. 2, 164 f., 470 f. Erw. 5 f., 515 ff., 537, 550, 639, 654 Erw. 7, 674 ff. Erw. 3 ff., 713 ff., 755 f.
» 51 Abs. 2. . . 159 f. Erw. 4.
» 52 . . . . . 642.
» 54 . . . . . 537, 642.
» 55 . . . . . 159 Erw. 4, 164 f., 674 ff. Erw. 3 ff.
» 62 . . . . . 537.
» 65 . . . . . 639 ff. Erw. 2.
» 67 . . . . . 637, 550.
» 68 . . . . . 550.
» 69 . . . . . 312 Erw. 3.
» 70 . . . . . 106 Erw. 3, 665 Erw. 7.
» 71 . . . . . 328 f. Erw. 3.
» 76 . . . . . 103 Erw. 2.
» 77 . . . . . 497 ff.
» 83 Abs. 2 . . . 665 Erw. 8.
» 84 . . . . . 295 Erw. 2.
» 106 . . . . . 701.
» 107 . . . . . 701.
» 110 ff. . . . . 317 Erw. 8.
» 127 . . . . . 706 Erw. 3.
» 128 . . . . . 509 f. Erw. 2, 709 f. Erw. 3.
» 136 . . . . . 689 Erw. 10.
» 146 . . . . . 504 f. Erw. 4.
» 154 . . . . . 314 f. Erw. 5, 747, 752.
» 154 Abs. 2 . . . 314 Erw. 5.
» 155 . . . . . 506.
» 158 . . . . . 315 Erw. 6.
» 182 . . . . . 706 Erw. 4.
» 198 . . . . . 108 Erw. 2.
» 204 . . . . . 295 Erw. 2.
» 206 . . . . . 283 Erw. 2.
» 210 . . . . . 282 f. Erw. 2, 688 ff. Erw. 9.

Art. 213 . . . Seite 284.
» 215 . . . . . 510 ff.
» 224 . . . . . 379, 689 Erw. 10.
» 227 . . . . . 284.
» 228 . . . . . 378.
» 231 Abs. 1 . . . 105 f. Erw. 2, 112 f. Erw. 2 f.
» 241 . . . . . 317 Erw. 8.
» 246 . . . . . 277 Erw. 4, 314 Erw. 4, 315 f. Erw. 7.
» 249 . . . . . 295 ff.
» 253 . . . . . 317 Erw. 8.
» 254 . . . . . 317 Erw. 8.
» 255 . . . . . 295 ff.
» 257 . . . . . 312 ff. Erw. 2 ff.
» 277 . . . . . 317 Erw. 8.
» 294 . . . . . 284.
» 342 . . . . . 304 f. Erw. 4.
» 366 . . . . . 481 ff. Erw. 3.
» 406 ff. . . . . 492 ff., 699.
» 409 . . . . . 492 ff., 699.
» 442 . . . . . 379.
» 446 . . . . . 144 Erw. 2.
» 452 . . . . . 295 Erw. 2.
» 491 . . . . . 663 f. Erw. 4.
» 512 . . . . . 143 ff.
» 542 . . . . . 151.
» 546 . . . . . 151.
» 556 . . . . . 151.
» 561 . . . . . 699 Erw. 6.
» 564 . . . . . 135 Erw. 4.
» 585 . . . . . 504 ff. Erw. 4 f.
» 586 . . . . . 504 ff. Erw. 4 f.
» 588 . . . . . 506.
» 599 . . . . . 151.
» 613 . . . . . 413 Erw. 2.
» 666 . . . . . 325 Erw. 6.
» 865 ff. . . . . 649 ff.
» 867 ff. . . . . 412, 516 ff.
» 868 . . . . . 136 Erw. 6, 516 ff., 649 ff.
» 871 . . . . . 134 Erw. 4.
» 873 . . . . . 412.
» 874 . . . . . 412.

Art. 876 . . . Seite 133 Erw. 2, 413 Erw. 4, 516 ff., 649 ff., 715 f. Erw. 6.
» 882 Abs. 1 . . . 114 Erw. 5.
» 882 Abs. 2 . . . 114 Erw. 5.
» 886 . . . . . 282 f. Erw. 2.
» 899 . . . . . 412 f.
» 902 . . . . . 412.

Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881.

Art. 8 . . . Seite 229 Erw. 2, 608 Erw. 2.

Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881.

Art. 1 . . . Seite 541 Erw. 2.
» 2 . . . . . 167 ff. Erw. 2 ff., 533 Erw. 3, 730 Erw. 2 f., 736 Erw. 4, 738 f.
» 3 . . . . . 736 Erw. 4.
» 5 litt. *a* . . . 523 ff. Erw. 5, 533 Erw. 4, 541 ff., 732 f. Erw. 5, 740 Erw. 3.
» 5 litt. *b* . . . 726 f., 744 f.
» 5 litt. *c* . . . 740 Erw. 4.
» 6 litt. *a* . . . 533 f. Erw. 4, 536 Erw. 2, 730 ff. Erw. 4 f., 744 Erw. 4.
» 6 litt. *a* Abs. 2 730 ff. Erw. 4.
» 6 litt. *b* . . . 169 Erw. 6, 522 ff. Erw. 4 ff., 529 ff. Erw. 3, 541 ff., 740 f.
» 6 Abs. 2 . . . 523 f. Erw. 5, 541 ff. Erw. 3 ff., 727 ff.
» 8 . . . . . 522 Erw. 2, 524 f. Erw. 6, 529 f. Erw. 8, 543.
» 12 . . . . . 4 f. Erw. 2, 125 Erw. 4, 747 f., 751 f.
» 14 . . . . . 736 Erw. 3.

Bundesrathsbeschluss über die Vollziehung von Art. 5 litt. *d* des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 19. Dezember 1887.

Seite 736 Erw. 3.

Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883.

Art. 1 . . . Seite 755 f.
» 2 . . . . . 439 Erw. 2, 447 ff.
» 11 litt. *c* Nr. 10 448.

Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften vom 21. Dezember 1883.

Art. 2 . . . Seite 761 f.

Bundesgesetz vom 26. April 1887 betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881.

Art. 1 . . . Seite 536 Erw. 2, 742 f. Erw. 2.
» 2 . . . . . 332 ff. Erw. 2, 536 Erw. 2.
» 3 . . . . . 332 ff. Erw. 2 ff., 742 f. Erw. 2.
» 4 . . . . . 125 Erw. 4, 332 ff. Erw. 2 ff., 742 f. Erw. 2.
» 6 . . . . . 4 Erw. 1.
» 8 . . . . . 4 f. Erw. 2, 747 Erw. 2, 751 f.
» 9 Abs. 2. . . 750 f.

Bundesgesetz betreffend gebrannte Wasser vom 23. Dezember 1886.

Art. 10 . . . Seite 336 ff.
» 12 . . . . . 336 ff.

Bundesrathsbeschluss vom 15. Juli 1887 über den successiven Vollzug der einzelnen Theile des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 1886 betreffend gebrannte Wasser.

Art. XI . . . Seite 340 ff.

Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888.

Art. 1 . . . Seite 765 ff.
» 7 . . . . . 765 ff.
» 18 . . . . . 765 ff.
» 25 Alinea 2 . . 765 Erw. 2.

III. Konkordate.

Konkordat betreffend Konkursrecht in Fallimentsfällen vom 15. Juni 1804/8. Juli 1818.

Seite 417 ff.

Konkordat betreffend Effekten eines Falliten, die in Kreditorshänden in einem andern Kanton liegen vom 7. Juni 1810/8. Juli 1818.

Art. 1 . . . Seite 420 f. Erw. 6.
» 2 . . . . . 417 ff., 591 f. Erw. 2.

Konkordat betreffend vormundschaftliche und Bevogtigungsverhältnisse vom 15. Juli 1822.

Seite 34.

IV. Staatsverträge.

Vertrag zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Nordamerika vom 25. Wintermonat 1850.

Art. 13 . . . Seite 87 ff.
» 14 . . . . . 90 f. Erw. 4 ff.

Auslieferungsvertrag mit Italien vom 22. Juni 1868.

Art. 1 . . . Seite 79 ff., 236 ff., 458 f. Erw. 2.
» 2 . . . . . 454 ff.
» 2 Ziff. 1 . . . 239 Erw. 4.
» 2 Ziff. 7 . . . 239 Erw. 4.
» 2 Ziff. 10 . . . 239 Erw. 4.
» 2 Ziff. 12 . . . 73 ff., 82 Erw. 4, 458 Erw. 1.
» 3 . . . . . 83 Erw. 6, 455 f. Erw. 2.
» 9 . . . . . 82 Erw. 3.

Auslieferungsvertrag mit dem deutschen Reiche vom 24. Januar 1874.

Art. 1 Ziff. 14 Seite 632 ff.
» 1 Ziff. 17 . . . 85.
» 4 Abs. 3 . . . 85.

Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche vom 27. April 1876.

Art. 7 . . . Seite 41 Erw. 1.

Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des literarischen und künstlerischen Eigenthums vom 23. Februar 1882.

Art. 1 . . . Seite 441 ff.
» 3 . . . . . 441.
» 4 . . . . . 442 ff.
» 6 . . . . . 441.
» 16 . . . . . 442.
» 18 . . . . . 441.
» 19 . . . . . 442.
» 20 . . . . . 439 ff. Erw. 2 ff., 447 ff.
» 21 . . . . . 439 ff. Erw. 2 ff., 447 ff.

Uebereinkunft betreffend die Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886.

Art. 2 . . . Seite 439 Erw. 2, 447 ff.
» 15 . . . . . 449.
Zusatzartikel Alinea 2 449 Erw. 2.

Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche vom 31. Mai 1890.

Art. 8 . . . Seite 41 Erw. 1.

Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Italien betreffend die gegenseitige Wiederaufnahme der Bürger und Angehörigen eines jeden der Vertragsstaaten im Falle ihrer Ausweisung aus dem Gebiete des andern Theils vom 1. Juni 1890.

Seite 98 ff.

III. Personenregister.

A) Staatsrechtliche Entscheidungen.

Seite

Aargau c. Bern 14
» c. Brunner 606
» c. Fischer-Gloor 427
» c. Keller und Genossen 369
» c. Schmidlin 565
» c. Gemeinde Würenlos 612
Appenzell-Ausserrhoden und Herisau c. Glarus . . . 209
» » c. Märki und Genossen . . . 352

Baden, Grossherzogthum c. Stöcklin 631
Baselstadt c. Emerlat 83
» c. Reuschel und Genossen 45
» c. Weitnauer 52
Baumann & Cie c. Luzern 557
Bern c. Aargau 14
» c. Hodel 405
» c. Marti 422
» c. Teuber 593
Bétrisey c. Schneider 377
Biasca c. Rossetti und Konsorten 214
Bosson & Collomb c. Strauss-Halévy 444
Bovet c. Bühler 1
Brenner c. Kreutz 374
Brunner c. Aargau 606
Bühler c. Bovet 1
Bund c. Eheleute Rizzi 381

Seite

Cini c. Italien 75
Collomb & Bosson c. Strauss-Halévy 444

Deutschland c. Stöcklin 631
Disteli c. von Götz 5

Eidgenössisches Zolldepartement c. Eheleute Rizzi . . 381
Emerlat c. Baselstadt 83

Favre und Konsorten c. Freiburg 65
Fischer-Gloor c. Aargau 427
Freiburg c. Favre und Konsorten 65

Gapany c. Girod 561
Gerber c. Joss 365
Girod c. Gapany 561
Glarus c. Appenzell A.-Rh. und Herisau 209
von Götz c. Disteli 5
Gränichen, Gemeinde c. Widmer und Lüscher . . . 583

Häfliger c. Luzern 432
Herisau und Appenzell A.-Rh. c. Glarus 209
Heuer c. Heuer 27
Hodel c. Bern 405
Homberg und Bock, Masse c. Préaud 587
Humbel c. Marti und Widmer 34

Italien c. Cini 75
» c. Livraghi 230
» c. Malatesta 450
» c. Massa 457
» c. Ressia 72
Joss c. Gerber 365

Kantonalbank, tessinische c. Tessin 406
Keller und Genossen c. Aargau 369
Kistler c. Lienhard 372
Kohler c. Künzli 60
Kreutz c. Brenner 374
Künzli c. Kohler 60

Seite
Lamazure c. Solothurn und Neuenburg 345
Lienhard c. Kistler 372
Livraghi c. Italien 230
Lüscher und Widmer c. Gemeinde Gränichen 583
Luzern c. Baumann & Cie 557
» c. Häfliger 432
» c. Schnieper 609

Malatesta c. Italien 450
Märki und Genossen c. Appenzell A.-Rh. 352
Marti c. Bern 422
Marti und Widmer c. Humbel 34
Massa c. Italien 457
Menétrey c. Menétrey 32
Mittelholzer c. Perini 24
Morand und Genossen c. Neuenburg 569

Neminar c. Wladar 355
Neuenburg c. Morand und Genossen 569
» und Solothurn c. Lamazure 345
Nidwalden c. Sigwart 358

Perini c. Mittelholzer 24
Piguet c. Vereinigte Staaten von Amerika 85
Préaud c. Masse Homberg und Bock 587
Preisig c. Appenzell A.-Rh. 414

Respini und Genossen c. Simen und Genossen . . . 390
Ressia c. Italien 72
Reuschel und Genossen c. Baselstadt 45
Rizzi, Eheleute c. Eidgenössisches Zolldepartement . . 381
Rossetti und Konsorten c. Biasca 214

Schmidlin und Konsorten c. Aargau 565
Schneider c. Bétrisey 377
Schneider c. Schneider 39
Schnieper c. Luzern 609
Schwyz c. Wladar 355
Siegwart c. Nidwalden 358

Seite
Simen und Genossen c. Respini und Genossen . . . 390
Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique in Paris c. Türke 435
Solothurn und Neuenburg c. Lamazure 345
» c. Trimbach 598
Stöcklin c. Deutschland 631
Strauss-Halévy c. Bosson und Collomb 444

Tessiner Kantonalbank c. Tessin 406
Teuber c. Bern 593
Tresch c. Uri 226
Trimbach c. Solothurn 598
Türke c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique in Paris 435

Unterwalden nid dem Wald c. Siegwart 358
Uri c. Tresch 226

Vereinigte Staaten von Amerika c. Piguet 85

Weitnauer c. Baselstadt 52

Widmer und Lüscher c. Gemeinde Gränichen 583
Wladar c. Neminar 355
Wollishofen, Gemeinde c. Zürich 622
Würenlos, Gemeinde c. Aargau 612

Zolldepartement, eidgenössisches c. Eheleute Rizzi . . 381
Zürich c. Gemeinde Wollishofeu 622

B) Civilrechtliche Entscheidungen.

Affolter c. Jura-Simplonbahn 634
Aktiengesellschaft Artistisches Institut Orell Füssli & Cie c. Schweizerisches Vereinssortiment 753
Aluminium - Industrie - Aktiengesellschaft Neuhausen c. Schaffhausen 768

Seite

Badische Bahnen c. Hess. 118
Bähni & Cie c. Huguenin 462
Baumwollspinnerei u. Zwirnerei Niederuster c. Zollinger 330
Erben Berger c. Lack 500
Boller c. Stahl 710
Braschler c. Heusser 525
Bruhin c. Bruhin 326
Brunner c. Büchi 531
Bucher & Durrer c. Wolf 749
Büchi c. Brunner 531
Bund c. Carouge 334
» c. Centralbahn und Nordostbahn 170
» c. Freiburg und Neuenburg 240
» c. Gotthardbahn 757
» c. Gotthardbahn 789
» c. Tessin 92

Caisse des Propriétaires c. Huet und Genossen . . . 318
Carouge c. Bund 334
Christen-Kesselbach c. Danioth 512
Christen c. Mühlemann 638
Centralbahn und Nordostbahn c. Bund 170
Centralbahn c. Häfliger 122
Clason & Cie c. Metzger & Cie 142
Compagnie de chemins de fer à voie étroite de Genève à Veyrier c. Juget 252
Conti c. von Gonzenbach 643

Danioth c. Christen-Kesselbach 512
Delay c. de Zinowieff 478
Degrange & Cie c. Swift 114
» » » 299
Drexler und Genossen c. Vogel 107
Dupont-Lachenal & Maurer c. Ludwig 691

Emmishofen, Ziegel- und Thonwaarenfabrik c. Rebholz 745
Endemann c. Hildebrand 534

Favre-Jacot c. Jacot-Matile 655

Seite
Fehr c. Schmidheine 728
Flatt c. Portlandcementfabrik Rotzloch 146
Freiburg und Neuenburg c. Bund 240

Gabriel c. Schnarrwyler und Genossen 307
Geissberger und Genossen c. Gröflin 723
Genève-Veyrier, Schmalspurbahn c. Juget 252
Gengel & Martin c. Steussi 155
Good c. Schumacher 741
von Gonzenbach c. Conti 643
Gotthardbahn c. Bund 757
» » 789
Grivel c. Lienhard 165
Gröflin c. Geissberger und Genossen 723
Guyer c. Imhof-Blumer & Cie 265

Häfliger c. Centralbahn 122
Häring c. Meuri 519
Hauser, Sobotka & Cie c. Schaller 273
Hediger & Söhne c. Hediger & Cie 647
Henneberg c. Huguenin 285
Hess c. Badische Bahnen 118
Heusser c. Braschler 525
Hildebrand c. Endemann 534
Horandt c. Palatini 472
Huet und Genossen c. Caisse des Propriétaires . . . 318
Huguenin c. Bähni & Cie 462
Huguenin c. Henneberg 285
Hypothekarbank Winterthur c. Moos & Cie 280

Imhof-Blumer & Cie c. Guyer 265
Industriegesellschaft für Schappe c. Schär 733
Jacot-Matile c. Favre-Jacot 655
Juget c. Schmalspurbahn Genève-Veyrier 252
Jura-Simplonbahn c. Affolter 634

Köhler c. Lichtenberger 163

Lack c. Erben Berger 500
Lacreuze c. Rœsgen frères 763

Seite

Laiterie de Ried c. Mäder et consorts 109
Lichtenberg c. Köhler 163
Lienhard c. Grivel 165
Linder c. Meinweg 537
Lisibach c. Zimmermann 102
Lobenstein c. von Ravier'sche Fallimentsmasse und Genossen 679
Ludwig c. Dupont-Lachenal & Maurer 691
Lustenberger c. Papierfabrik Perlen 737

Mäder et consorts c. Laiterie de Ried 109
Martin und Gengel c. Steussi. 155
Marty c. Mösle 116
Maurer und Dupont-Lachenal c. Ludwig 691
Meinweg c. Linder. 537
v. Mentlen und Genossen c. Simen und Genossen . . 460
Metzger & Cie c. Clason & Cie. 142
Meuri c. Häring. 519
v. Moos & Cie c. Hypothekarbank Winterthur 280
Moser und Spiess c. Zürich 187
Mösle c. Marty 116
Mühlemann c. Christen 638

Neuhausen, Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft c. Schaffhausen 768
Neuenburg und Freiburg c. Bund 240
Neuenburg c. Terrisse, Erben 544
Niederuster, Baumwollspinnerei und -Zwirnerei c. Zollinger 330
Nordostbahn und Centralbahn c. Bund. 170

Orell Füssli & Cie c. Puhlmann 160
» » » c. Schweizerisches Vereinssortiment . 753

Palatini c. Horandt. 472
Patek, Philippe & Cie c. Schwob 126
Perlen, Papierfabrik c. Lustenberger 737
Portlandcementfabrik Rotzloch c. Flatt 146
Price c. Wulff 702

Seite

Puhlmann c. Orell Füssli & Cie 160
v. Raviersche Fallimentsmasse und Genossen c. Lobenstein 679

Rebholz c. Ziegel- und Thonwaarenfabrik Emmishofen . 745
Reinach, Volksbank c. Wohnlich 507
Renggli c. Einwohnergemeinde Zug 102
Ried, Leiterie de c. Mäder et consorts 109
Ris c. Wildi 483
Robin c. Semsales 666
Rosenthal c. Weniger 707
Rœsgen frères c. Lacreuze 763
Rotzloch, Portlandcementfabrik c. Flatt 146

Schaffhausen c. Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft Neuhausen 768
Schaller c. Hauser, Sobotka & Cie 273
Schappe, Industriegesellschaft für, c. Schär 733
Schär c. Industriegesellschaft für Schappe 733
Schmalspurbahn Genève-Veyrier c. Juget 252
Schmidheine c. Fehr 728
Schnarrwyler und Genossen c. Gabriel 307
Schumacher c. Good 741
Schürch & Cie c. Schürch und Blohorn 259
Schweizerisches Vereinssortiment c. Orell Füssli & Cie . 753
Schwob c. Patek, Philippe & Cie 126
Schwerzmann c. Tschupp 717
Semsales c. Robin 666
Simen und Genossen c. v. Mentlen und Genossen . . 460
Spiess und Moser c. Zürich 187
Stahl c. Weiss-Boller 710
Steussi c. Martin und Gengel 155
Swift c. Degrange & Cie 114
» » » 299

Terrisse, Erben c. Neuenburg 544
Tessin c. Bund 92
Tschupp c. Schwerzmann 771

Vereinssortiment, schweizerisches c. Orell Füssli & Cie . 753

Seite

Vogel c. Drexler und Genossen 107
Volksbank Reinach c. Wohnlich. 507

Weiss-Boller c. Stahl 710
Weniger c. Rosenthal 707
Wildi c. Ris. 483
Winterthur, Hypothekarbank c. v. Moos & Cie . . . 280
Wohnlich c. Volksbank Reinach. 507
Wolf c. Bucher & Durrer 749
Wulff c. Price 702

Ziegel- und Thonwaarenfabrik Emmishofen c. Rebholz . 745
de Zinowieff c. Delay 478
Zimmermann c. Lisibach 103
Zollinger c. Baumwollspinnerei und -Zwirnerei Nieder-Uster 330
Zug, Einwohnergemeinde c. Renggli 102
Zürich c. Spiess und Moser 187

IV. Verzeichniss der nicht publizirten Entscheide aus dem Jahre 1891.

A) Staatsrechtliche Entscheidungen.

Aarau c. Siebenmann.
Aargau c. Eheleute Brandenberger-Vogel.
» c. Brem-Sax.
» c. Kym.
» c. Meyer und Genossen.
» c. Offenhäuser.
» c. Pfenninger.
» c. Spähni.
Aebischer c. Freiburg.
Allemann-Roth c. Villemin.
Appenzell I./Rh. c. Rechsteiner und Genossen.
Artaria Erben c. Tessin und Guindani.
Ayer c. Paroisse d'Echarlens.

Bach c. Crombac.
» »
Bachmann c. Bern.
Barblan c. Graubünden.
Baumer c. Jäger.
Baumgartner c. Erben Ruckstuhl.
Benkert c. Penzig.
Bercet c. Cornioley & fils.
Bern c. Bloch.
» c. König.
» c. Rohr.
Berchtold c. Fallimentmasse Noël & Cie.
Berthold c. Bodmer.
Beusch c. Thurgau.
Biedermann c. Zürich.

Binz c. Freiburg.
Bircher c. Tanner.
Blanc c. Jordan.
Bloch c. Bern.
Bodmer c. Berthold.
Böhler c. Rey.
Bossard-Schwerzmann c. Zug.
Brandenberger-Vogel Eheleute c. Aargau.
Brem-Sax c. Aargau.
Brignoni c. Tessin.
Brüllisauer c. Rechsteiner.
Burri c. Frommlett.

Chur c. Kaufmann.
Cornamusaz c. Waadt.
Cornioley fils & Cie c. Bercet.
Corsini c. Italien.
Crombac c. Bach.
» »

Dafflon c. Freiburg.
Dalpiazzi c. Widmann.
Delmonico c. Rossi.
» »
Diem c. Tablat, Gemeinde.
Drexler und Genossen c. Rosa und Nina Vogel.
Durisch c. Graubünden.
» »

Echarlens, Paroisse de c. Ayer.
Emmenegger c. Luzern.
Erb c. Wachter.

Fässler, Masse c. Sutter.
Felder c. Luzern.
Flatt c. Guggenbühl.
Freiburg c. Aebischer.
» c. Binz.
» c. Dafflon.
» c. Hauteville, Gemeinderath.
» c. Guillet und Konsorten.

Freiburg c. Versicherungsgesellschaft Germania.
» c. Cercle agricole et indépendant d'Onnens.
Frommlett c. Burri.

Gattikon, Militärschiessverein c. Zürich.
Germania, Versicherungsgesellschaft c. Freiburg.
Giacometti c. Vassalli.
Glarus c. Leuzinger.
Gmehlin c. Waadt.
Goy-Maillet c. Haubensack.
Gräser c. Mancelon.
Graubünden c. Barblan.
» c. Chur.
» c. Durisch.
» »
» c. Riva.
Grenchen, römisch-katholische Kirchgemeinde c. Grenchen, christkatholische Kirchgemeinde.
Guggenheim c. Läubli.
Guillet und Konsorten c. Freiburg.
Guindani c. Erben Artaria.
Güttinger c. Thurgau.

Haller c. Siegenthaler.
Haubensack c. Goy-Maillet.
Hauteville, Gemeinderath c. Freiburg.
Helbling c. Maurer-Marolf.
Hess c. Meyer.
Horner-Gentner, Eheleute c. Zürich.
Hüftlein, Masse, c. Sedlmayr.
Hungerbühler c. Thurgau.
Hüssy c. Luzern.

Italien c. Cini.
» c. Corsini.
Jäger c. Baumer.
» »
» c. Meyer und Genossen.
» c. Zehnder und Genossen.
Jolin c. Thiévent.
Jordan c. Blanc.
Jotterand-Scholl c. Mange, Benoit und Genossen.

Katholische Gesellschaft für kaufmännische Bildung in Luzern c. Luzern.
Kaufmann c. Chur.
Käslin, Familie c. Nidwalden.
Keller c. Muff.
Kohler c. Kohler.
König c. Bern.
Küng c. Luzern.
» »
» »
» »
Kym c. Aargau.

Leuzinger c. Glarus.
de Loës c. Thun.
Luzern c. Emmenegger.
» c. Felder.
» c. Hüssy.
» c. Katholische Gesellschaft für kaufmännische Bildung in Luzern.
» c. Küng.
» »
» »
» »
» c. Meyer.
» c. Mühlethaler.
» c. Offenhäuser.
» c. Stettler.
Luy c. Métroz.

Maguin c. Mincieux.
Mancelon c. Gräser.
Mange-Benoit c. Jotterand-Scholl.
Martinelli c. Vassali.
Maurer-Marolf c. Helbling.
Métroz c. Luy.
Meyer und Genossen c. Aargau.
Meyer c. Hess.
» c. Jäger.
» c. Luzern.
Mincieux c. Maguin.

Mouley c. Paris-Lyon-Mediterrannée.
Muff c. Keller.
Mühlethaler c. Luzern.

Nicole c. Waadt.
Nidwalden c. Käslin, Familie.
Nietmann, Eheleute.
Noël & Cie, Fallimentsmasse c. Berchtold.

Offenhäuser c. Aargau und Luzern.
» » » »
Olivier c. Schwyz.
Onnens, Crédit agricole et indépendant de c. Freiburg.

Padrun c. Graubünden.
Paris-Lyon-Méditerrannée c. Mouley.
Penzig c. Benkert.
Pfenninger c. Aargau.

Rechsteiner c. Brüllissauer.
Rechsteiner und Genossen c. Appenzell I./Rh.
Rey c. Böhler.
Richner c. Rothweiler.
Riva c. Graubünden.
Robadey c. Robadey.
Rohr c. Bern.
Rossi c. Delmonico.
» »
Rothweiler c. Richner.
Rüegger, Abraham.
Ruckstuhl, Erben c. Baumgartner.
Rüegg c. Sillem und Genossen.
Rölli c. Willisaustadt.

Schenker c. Tanner.
Schönenweid c. Waadt.
» »
» »
Schwyz, Kantonalverband der Grütli- und Arbeitervereine c. Schwyz.
» c. Olivier.

Sedlmayr c. Masse Hüfftlein.
Siebenmann c. Aarau.
Siegenthaler c. Haller.
Siegrist c. Steiner.
Sillem c. Rüegg.
Solothurn c. Grenchen, römisch-katholische Kirchgemeinde.
Spähni c. Aargau.
Strözel c. Thurgau.
Stäubli c. Guggenheim.
Steiner c. Siegrist.
Stettler c. Luzern.
Suter-Tanner c. Wannen.
Suter c. Suter.
Sutter c. Masse Fässler.

Tablat c. Diem.
Tanner c. Bircher.
» c. Schenker.
Tessin c. Erben Artaria.
» c. Brignoni.
» c. Delmonico.
» »
Thiévent c. Jobin.
Thun c. de Loës.
Thurgau c. Beusch.
» c. Güttinger.
» c. Hungerbühler.
» c. Strözel.

Unterwalden nid dem Wald c. Käslin, Familie.

Vassalli c. Giacometti & Martinelli.
Villemin c. Allemann-Roth.
Vogel c. Drexler und Genossen.
Vogel c. Vogel.
» »
» c. Weibel.
Vrard & Cie c. Rüegg.

Waadt c. Cornamusaz.
» c. Gmehlin.

Waadt c. Nicole.
» c. Schönenweid.
» »
» »
Wachter c. Erb.
Walsh c. Walsh.
Weber-Studer c. Zürich.
Weibel c. Vogel.
Wicki c. Zimmermann.
Willisaustadt c. Rölli.
Wykon, Gemeinde c. Offenhäuser.

Zehnder und Genossen c. Jäger.
Zimmermann c. Wicki.
Zofingen, Gemeinde c. Offenhäuser.
Zug c. Bosshard-Schwerzmann.
Zürich c. Biedermann.
» c. Miliärschiessverein Gattikon.
» c. Eheleute Horner-Gentner.
» c. Weber-Studer.

B) Civilrechtliche Entscheidungen.

Aigner c. Endemann.
Autenried c. Geissberger und Genossen.

Bach c. Crombac.
Barfuss c. Bund.
Baselstadt c. Berner und Genossen.
Baumgartner-Küng, Eheleute.
Berchtold-Züllig, Eheleute, c. Genf.
Berchtold c. Masse Noël & Cie.
Beusch c. Thurgau.
Bollack Sarrasin & Cie c. Rochevalier et consorts.
Bossans-Castella, Eheleute.
Bourgknecht c. Burgy et consorts.
Bovy-Liesberg c. Entscheff.
Brunschwig c. Masse Levy.

Brunschwig c. Segal.
Bucher c. Müller.
» »
Burgy et consorts c. Bourgknecht.
Bund c. Barfuss.
Bund c. Nordostbahn.

Chassot-Winling, Eheleute.
Chatelain-Känel, Eheleute.
Clason & Cie c. Häring.
Courvoisier c. Lazzarini.
» c. Martin.
Crombac c. Bach.

Dodel-Port, Eheleute.
Dürselen-Siegfried c. Scholder.

Endemann c. Aigner.

Fiechter c. Sissach-Gelterkindenbahn.
Freiburg c. Stucky.
Frischknecht c. Huber.
Fuog c. Hug-Schuler.

Gahlinger-Meyerhans, Eheleute.
Galli c. Pemsel.
Geissberger c. Autenried.
Genf c. Eheleute Berchtold-Züllig.
Gerhardt c. Kern.
Giacometti c. Vassalli.
Graf c. Sissach-Gelterkindenahn.
Gressly-Oberlin c. Aktienbrennerei Laufen in Liquidation.

Häring c. Clason & Cie.
Hüfftlein, Masse, c. Sedlmayr.
Hug-Schuler c. Fuog.

Joris c. Wallis.
Jura-Simplonbahn c. Quiquerez.

Kappeler c. Leber.
Kern c. Gerhardt.

Laufen, Aktienbrennerei in Liquidation c. Gressly.
Lazzarini c. Courvoisier.
Leber c. Kappeler.
Leutwyler-Weber, Eheleute.
Levy, Fallimentsmasse, c. Brunschwig.
Lutz-Schoch, Eheleute.
Luzern, Spar- und Leihkasse, c. Gemeinderath Neuenkirch und Genossen.

Martin c. Courvoisier.
Martinelli c. Vassalli.
Monteil-Scherrer c. Nugue-Richard.
Montfort & Cie c. Eheleute Schwörer-Zuber.
Morel, Erben, c. Gemeinde Neuenburg.
Müller c. Bucher.
» »
Münger c. Sägesser.
Muth c. Segesser-Pfyffer.

Neuenburg, Gemeinde, c. Erben Morel.
Neuenkirch, Gemeinderath und Genossen, c. Spar- und Leihkasse Luzern.
Niederhäuser c. Sissach-Gelterkindenbahn.
Niesper-Meyer c. Weiss.
Noël & Cie c. Berchtold.
Nordostbahn c. Bund.
» c. Schindler-Escher.
» c. Steuble.
Nugue-Richard c. Monteil-Scherrer.

Pemsel c. Galli.
Peter-Hausammann, Eheleute.
Pittet-Jordan c. de Stoutz.

Quiquerez c. Jura-Simplonbahn.

Ranz-Steinegger, Eheleute.
Rost-Vonesch, Eheleute.

Rochevalier c. Bollack Sarrasin & Cie.
Rohner c. Siegfried.
Röthlisberger c. Schüler.

Sägesser c. Münger.
Scheitlin c. Tobler.
Schindler-Escher c. Nordostbahn.
Schmid-Schwarz, Eheleute.
Schoch-Bodmer c. Spähni.
Scholder c. Dürselen-Siegfried.
Schüler c. Röthlisberger.
Schwörer-Zuber, Eheleute, c. Montfort & Cie.
Sedlmayr c. Masse Hüfftlein.
Segal c. Brunschwig.
Segesser-Pfyffer c. Masse Hüfftlein.
Siegfried c. Rohner.
Sigrist-Furrer, Eheleute, c. Aigner.
Sissach-Gelterkindenbahn c. Fiechter.
» c. Graf.
» c. Niederhäuser.
Sonnex c. Tiedemann.
Spähni c. Schoch-Bodmer.
Steuble c. Nordostbahn.
de Stoutz c. Pittet-Jordan et consorts.
Stucky c. Freiburg.

Tiedemann c. Sonnex.
Thurgau c. Beusch.
Tobler c. Scheitlin und Weniger.
Tunzini-Balocchi, Eheleute.

Vassalli c. Giacometti und Martinelli.
Weiss c. Niesper-Meyer.
Weniger c. Tobler.

V. Zusammenstellung der Entscheidungen nach den drei Nationalsprachen.

I. *Staatsrechtliche Entscheide.*

1. Aus dem deutschen Landestheile 116, wovon abgedruckt 38.

2. Aus den romanischen Landestheilen 54, wovon abgedruckt 16.

Hievon fallen 14 Entscheide, wovon abgedruckt 8, auf den italienisch, die übrigen 40 auf den französisch sprechenden Theil der Schweiz.

II. *Civilrechtliche Entscheide.*

1. Aus dem deutschen Landestheile 95, wovon abgedruckt 52.

2. Aus den romanischen Landestheilen 38, wovon abgedruckt 19.

Hievon fallen 2 Entscheide, wovon abgedruckt 1, auf den italienisch, die übrigen 36 fallen auf den französisch sprechenden Theil der Schweiz.

VI. Berichtigungen.

Seite 106 Zeile 12 von unten lies *Verwendungen* statt Veränderungen.

» 124 » 17 » oben » *eine* statt keine.

» 163 » 2 » » » *gewöhnlichen* statt gerichtlichen.

» 203 » 9 » » » *festzustellen* statt festzuhalten.

» 205 » 5 » » » *genossenen* statt gemachten.

» 399 » 4 » unten » *Art. 49* statt Art. 149.

» 448 » 14 » oben » au point de vue *de la durée* de la protection statt au point de vue de la protection.

» 477 berichtige die Paginierung.

» 633 Zeile 7 von oben lies *Vorlesungen* statt Vorlesung.

» 675 » 13 » » » *Art. 50 ss.* statt Art. 55 ss.

Lausanne. — Imprimerie Georges Bridel & Cie